JOANN. GOTTFR. SCHAVMBVRG

PROF. PVBL. ORD. IN ACAD. IENENS. CVR.
PROVINC. ET SCABIN. IVRID. ASSESS.
CONSIL. AVL. SAXON.

PRINCIPIA PRAXEOS JVRIDICÆ JVDICIARIÆ

QVÆ

MODVM PROCEDENDI IN IVDICIO
REGVLAREM CONTINENT
VARIIS OBSERVATIONIBVS ILLVSTRATVM
ACCESSIT IN CALCE

MANVDVCTIO AD ARTEM RELATORIAM

CVM INDICE RERVM ET VERBORVM

Cum Privilegio S. Reg. Maj. Pol. & Elect. Saxon.

JENÆ,
SVMTIBVS JO. ADAM. MELCHIOR.
MDCCXXXVIII.



VIRO
PERILLVSTRI ATQVE EXCELLENTISSIMO
DOMINO
JOANNI HARTMVTH GÆRTNERO
SERENISSIMO DVCI SAXO-ISENACENSI
IN SANCTIORI SENATV CONSILIARIO
SPLENDIDISSIMO
STATVS PVBLICI MINISTRO
ET
CANCELLARIO
GRAVISSIMO
RERVM ACADEMICARVM PROMOTORI
SVMMO
DOMINO SVO SVBMISSE COLENDO

IN QVO

ACCVRATAM JVRIS PRIVATI SCIENTIAM
INEXHAVSTAM JVRIS PVBLICI NOTITIAM ET VSVM
EXPEDITAM
IN AGENDIS REBVS MAXIMIS
DEXTERITATEM
ATQVE
INDEFESSAM IN LABORVM MOLE
ALACRITATEM
RARAS INSVPER
ET SORORIO QVASI VINCVLO
JVNCTAS
ANIMI DOTES
MIRANTVR OMNES
PRAEDICANT SINGVLI
PRÆSENS OBSEQVII ATQVE DEVOTIONIS
MONVMENTVM
PONIT ET CONSECRAT

JO. GOTTFRIED SCHAVMBVRG.

LECTORIBVS
SALVTEM
A V C T O R.

Quod aliis ſolenne eſt, qui libellos divulgant, ut partim, quæ ad inſtituti rationem pertinere videntur, exponere, partim Lectoris benevolentiam & æquam cenſuram ſibi expetere ſoleant; id etiam mihi committendum putavi, dum in eo ſum, ut PRINCIPIA PRAXEOS IVRIDICAE IVDICIARIAE publici juris faciam. Et poſterius quidem me facile impetra-

traturum confido, si modo, quod cardo rei est, efficere valeo, ut ne insufficientes videantur causæ, quæ animum addiderunt, Practicorum Compendiorum multitudinem meis augendi meditationibus. Ne tamen longa oratione, Tibi, Lector, creem molestiam, postulo statim, ut concedas, Jurisprudentiam nostram habitum vere Practicum esse, nec alio fine leges proponi, quam ut bene sit Reipublicæ, civibus, nobis. Quo magis vero civitatis interest, ut effectu suo fruatur legislatorum pietas, nostraque salus contra aliorum injurias salva præstetur atque illæsa; eo minus ferre potest Rerumpublicarum nexus, ut jus sibi quilibet ipse dicat, cum fieri non possit, quin salus publica simul concidat, maxime, quia probabile

non

non eſt, quemlibet æquum & juſtum in cauſa propria fore judicem. Judiciis igitur carere non poterat civilis ſocietas, ad quæ tanquam ad communia aſyla confugerent oppreſſi, qui adverſariorum experirentur præpotentiam. Magiſtratibus concedenda erat poteſtas, ut, publica auctoritate ſuffulti, ſtatuerent, quid juſtum & legibus conforme, quid his e contrario adverſum eſſet. Judicibus committendum erat imperium, ſine quo neque opem ferre poterant miſeris, divexationibus improborum expoſitis, neque auxilium præbere anxiis, vitæ, bonorum aut exiſtimationis jacturam extimeſcentibus. Nec tamen felicem judicum ſolertia ſibi promittere poterat ſucceſſum, nec meliora ſperare litigantium diſcordia,

nisi sufficiens ubique adhiberetur diligentia; omnia, quæ ad decidendam litem spectare viderentur, adminicula, plana habendi atque perspicua. Proximum itaque erat, ut status causæ controversæ, prævia accurata circumstantiarum cognitione, innotesceret judici, ne vel nocentem absolveret, vel innocentem condemnaret. Quam denuo, nemo non videt, ex voto haberi haut potuisse, nisi judex utramque partem satis audiret, pars vero hoc ipso judicem instrueret, singulisque, quæ negotium controversum antecedebant, concomitabantur & sequebantur, circumstantiis, fidem conciliaret. Sic vero evidens est, quod volo, atque indubitatum, ordine omnia atque decenter expedienda esse in judicio, ne vel inordinata causas disc-

ceptandi ratio veritatem obſcuret, ipſumque judicium eluſorium fiat. Et hoc etiam eſt, quod Principes adeo ſollicite præcavent, dum ordinem in cauſarum controverſarum expoſitione a judice æque ac partibus obſeruandum determinant, dum regulas præſcribunt, ad quas actus judiciales componendi ſunt, dum media proponunt, quæ fini conſequendo inſerviunt. Hoc porro eſt, quod Doctores ſtudioſe inculcare ſolent iis, qui animum ad Praxin Iudiciariam applicant, dum Practicam Jurisprudentiæ partem cum diſcendi cupidis communicant, dum hos ad cauſas in foro dirigendas & agendas præparant, dum judicis & advocati officia exponunt, ac partes, quid in judicio facere, quidve omittere debeant, cum cura inſtruunt.

 Hunc

Hunc finem facilius se obtinere posse credunt, quando ea, quæ ad modum & ordinem procedendi spectare videntur, ad principia sua revocant, neve memoriæ discentium levamen desit, in chartam conjiciunt. Inde ab antiquis temporibus invaluit mos, ut Compendia concinnarent docentes, quæ in suos discentes converterent usus. Eodem igitur jure, quo hi suas nobiscum communicarunt observationes, & ego, me frui, ratus sum, cum ordinis procedendi in judicio primas quasi lineas depingerem, & prelo submitterem. Nec me deterruit, qui jamjam prostat, ejusmodi libellorum numerus sat magnus. Ut enim, qui ad portum contendunt, alia atque alia ratione iter instituunt; ita & Compilatores in concinnandis opellis suis di-

verſa uſi ſunt via. Alter id egit, ut varia variorum locorum ſtatuta, eorumque concordiam & diſcordia exponeret. Alter in Saxonicarum gentium uſum ſcripſit. Alter Saxoniæ tantum Electoralis recentiſſimum proceſſum delineavit. Adhuc alter, ſuo gaviſus ingenio, in linguam latinam tranſtulit, quæ ex fontibus Germanicis quisque haurire poterat. Mihi autem placuit, ut, quantum fieri poſſet, regulis generalibus inſiſterem, quæque illuſtratione indigere viderentur, obſervationibus practicis, neque inutilibus, neque injucundis, admixtis, faciliora ad intelligendum efficerem. Quo in argumento ſimul ita verſatus ſum, ut ex literarum diverſitate principia, a rationibus eorum, & Interpretum opinionibus diſcernendi, cuilibet

libet concederem copiam, quo, si placeret, illa memoriæ inservirent, hæ judicium excitarent. Specialibus vero judiciorum statutis inhærere nolui, arbitratus, fore, ut ego huic argumento non satisfacerem, cum e contrario illi, quorum, specialia scire, olim forsan interest, faciliori studio ipsos fontes consulere possint. Plus utilitatis argumento inesse credidi, quod Judicem, Actuarium & Advocatum, in causis voluntariæ jurisdictionis occupatum, instruit, atque religioni mihi duxi, ut sicco pede cum aliis id ipsum præterirem. Perpetuam etiam processus Juris Communis cum processu Juris Saxonici collationem institui, ne, cum uterque regnet in Germania, eodem tempore, quo generalia traderem præcepta, mei, posteriorem negligens, viderer obli-

oblitus. Sic vero eo allaboravi ſedulo, ut multis prodeſſem, atque labor, in gratiam quidem eorum magis, qui proceſſum Juris Communis cognitum habere cupiunt atque perſpectum, ſuſceptus, non omnino tamen diſpliceret aliis, qui in foris Juris Saxonici cauſas litigantium dirigunt partim, partim defendunt. Quapropter prorſus confido, fore, ut, quæ mea ſunt, cum aliorum meditationibus ſimul ſtare poſſint, nec omni utilitate careant. Inimicam autem atque iniquam cenſuram eo minus vereor, quo evidentius ex ipſo libello apparebit, nulli me bellum indixiſſe, nullius exiſtimationi me inſidias ſtruxiſſe, modeſte me, ubi id opus videbatur, diſſenſiſſe, bona fide, quod honeſtas jubet, me ubique egiſſe. Et ſic jure poſtulo,

ut,

ut, qui mea legunt, paria mecum faciant. Hoc unum addo, me olim in ea hæresi fuisse, ut regulam tradere non possem, nisi exceptiones etiam, variaque, quæ ab ordinario processu aberrant, genera simul explicarem, & uno libello omnia expedirem. Sed meliora edoctus sum, & adeo amplam de processibus summario, executivo, possessorio, provocatorio, cambiali, arresti, concursus, & criminali, differendi reperi occasionem, ut a me ipso facile impetrarem mutationem consilii. Apud animum igitur constitui, ut majori, quam consveverunt alii, industria, peculiarem hujus argumenti proxime tractationem susciperem, quam pro lubitu quilibet, velut alteram Principiorum Practicorum partem, huic opello adjungere, vel

vel separatim sibi habere posset. Nec enim ulla aderat necessitas, ut uno libello omnia procedendi genera comprehenderem, ne in gratiam quidem Auditorum, cum tempus, prælectionibus nostris præstitutum, vix explicationi ordinarii processus sufficiat, eamque ob rationem præstet, huic cum cura incumbere, & exceptionem privata industria addiscere, quam superficiariam regulæ & exceptionis cognitionem habere. Interim neque a scopo alienum, neque ingratum, judicavi, institutum, ut cum Practicis principiis regulas Relationi ex Actis inservientes, quas Auditoribus meis explicare soleo, conjungerem, persuasus, a Neo-Practicis hanc activæ Jurisprudentiæ partem eo minus negligendam esse, quo certius est, neque Judi-

cem,

cem, antequam ſtatum cauſæ didicerit, accuratum de controverſia ferre judicium, neque Advocatum, antequam ipſi, quod cardo rei eſt, innotuerit, conſilio in dubio hærentibus aſſiſtere poſſe, ſic vero utrumque id agere debere, ut ſibi ea, quæ fini inſerviunt, media, familiaria reddat. Cæterum, credas, velim, Amice Lector, mihi hoc unum curæ eſſe cordique, ut officii clementiſſime demandati partes pro virili impleam, atque rationes otii iis reddam, qui res noſtras Academicas curant & protegunt. Igitur, ſi vel his tantum labor noſter ſe probet, cum reliquis, qui alto eundem ſupercilio contemnunt, facile transegero.

Dabam Jenæ d. III. April.
CIƆ IƆ CCXXXVIII.

CONSPE-

CONSPECTVS
Principiorum Praxeos Juridicæ.

Sect. I. Membr. I.

Sect. I. Membr. II.

Sect. I. Membr. III.

Sect. I. Membr. IV.

Sectio II.

PRINCI-



PRINCIPIA PRAXEOS IVRIDICAE IVDICIARIAE
PROLEGOMENA.

I.

Iurisprudentia verſatur in legibus intelligendis, & in uſum deducendis. Illam partem theoreticam, hanc Practicam merito dixeris.

II.

Practica pars non una ratione ſeſe exerit, ſed docendo, cavendo, de jure reſpondendo, advocando, & judicando conſpicua eſt. Sigillatim, quæ Judici & Advocato propria dicitur, in foro utilitate ſua ſe maximopere commendat. *

* Quacunque autem ratione leges in uſum deducantur, ipſa applicatio, vel præteritum, vel futurum, reſpicit. Neutram negligat ICtus. Imo poſtremam, quæ cavens dici conſueuit, præprimis in ſuccum vertat & ſanguinem: cum hac ipſa vnice efficere poſſit, ne damnum vel ipſe, vel alius

A facile

facile incurrat. Dum vero ſibi & aliis prodeſt, caueat ſimul, ne alterum in errorem deducat, & ex fraude lucrum cum proximi damno quærat.

III.

Sunt autem negotia, quæ, in forum deducta, legum præſidio indigent, duplicis generis. Vel enim a conſentientibus expediuntur, vel a diſſentientibus diſceptantur, & in controuerſiam abeunt. Illa judici exponimus, vt iisdem auctoritate ſua majorem conciliet firmitatem, hæc judici proponimus, ut deciſione ſua liti finem imponat.

IV.

Conſentientes iterum vel voluntarie judicem adeunt, ut auctor fiat negotio, quod per ſe jam ſubſiſtit, vel inviti, & ex legis neceſſitate, eum implorant, ut, prævia cauſæ cognitione, negotium validum declaret. *

* Multum diſcriminis inter diuerſa hæc negotia intercedere, facile patet. Sigillatim, quemadmodum ibi conſentientes de meliori ſolum probatione negotii, per documentum judiciale ſibi comparanda, cogitant, hic vero legi obtemperant, quæ ex auctoritate judiciali formam & ſubſtantiam negotii æſtimati; ita etiam ibi judex de validitate haud eſt ſollicitus, ſed actum ſimpliciter confirmat, in quantum de jure valet; hic vero curare magis debet, ut actus de jure ſubſiſtat, eamque ob rem eundem, niſi quid obſtet, conſenſu ſuo munit.

V.

V.

Diversæ pro diversitate horum negotiorum forensium partes sunt judicis, & eorum, qui ejus auxilium implorant. Eo tamen res fere redit, ut hi illi, quid rerum agant, dilucide exponant, ille his officium legitime & debito modo impertiat. Nec hactenus inter negotia voluntariæ & contentiosæ jurisdictionis quicquam interest.

VI.

Præterea in utrisque utrique de materialibus æque ac formalibus solliciti sint. Per materialia ea intelligimus, quæ innuunt, hoc ipsum, non aliud, negotium agi. Formalia denotant modum, ordinem, & rationem, quodlibet negotium in judicio exponendi, expediendi, & perficiendi.

VII.

Materialia negotiorum, sive consentientes, sive litigantes, concernat, prudenti plerumque cujuslibet arbitrio relinquuntur. * Formalia vero eorum ad certam omnino normam sunt accommodanda, quam vel Stylus Curiæ, sive observantia fori, vel lex, aut particularis, aut universalis, vel in subsidium Jus Romanum & Canonicum determinat. **

 * Quis-

* Quisquis tamen negotium aliquod ordinat, probe discernat substantialia a naturalibus, naturalia ab accidentalibus. Illa præcise adesse debent, & negotii substantiam ita ingrediuntur, ut nunquam abesse possint. Ista adesse præsumuntur, quousque pactis non sunt mutata. Hæc nunquam adsunt, sed, ut adsint, pactis efficiendum est.

** Stylus Curiæ primum locum occupat, quia habet vim consuetudinis. Excipit eum statutum locale, quo, juri communi derogari posse, constat. Succedunt leges provinciales, quas, negotiis judicialibus certam formam præscribere, novimus. Postea confugiendum ad Recessus Imperii, ex quibus sigillatim ille, qui 1654. prodiit, varia controversorum negotiorum capita in justam redegit consonantiam. Demum nec Jus Romanum negligendum, quippe cui, post ejus receptionem, in Processu Forensi aliqua auctoritas est assignata, non tamen tanta, ut prævaleret Juri Canonico, prius recepto. Conf. KVLPISII *Differt. Epistol. de German. leg. & Romani jur. auctor. ibique* THOMASIVM, cujus etiam adde *Præcogn. Jurispr. Ecclesi. st. cap. 21. §. 41. sqq.*

VIII.

Missis itaque materialibus, aliunde addiscendis, de formalibus quædam præmoneamus. Est autem, si negotia, inter consentientes celebrata, jam judicialiter perficienda, spectes, a judice hæc cumprimis forma in genere observanda, ut ipsum negotium, antea expositum, * actis judicialibus ** inseri curet, postea testimonium, fide dignum, super ipso negotio partibus exhibeat.

* Ex-

* Expositio negotii ad jura partium potius, quam ad officium judicis, spectat. Non tamen plane a persona judicis alienum est, ut de iis, quæ ad negotiorum validitatem spectant, non negligendis, partes admoneat, omissa suppleat, & errantes in rectam viam deducat *tot. tit. C. ut, quæ desint Advoc.* BÖHMER *D ff. de judic. ex offic. proced. cap. ult.* modo a suggestionibus eorum intuitu abstineat, quæ a mero partium arbitrio dependent. Imo ea negotia, quæ causæ cognitionem exigunt, vel integra, ita ordinare potest, ne cum ipsa fide judiciali corruant.

** Conservant eum in finem prudentes & circumspecti judices Protocolla judicialia, consignandis his negotiis, prouti a partibus proponuntur, dedicata. His addunt plerumque Libros principales, *Gerichts Handels-Bücher*, iisque, quicquid negotii gestum est, cum testimonio judiciali, in rei perpetuam memoriam, inscribi jubent.

IX.

In consignando negotio interest, utrum consentientes ore proferant, quid rerum agant, an negotium, jam in scripturam privatam redactum, judici exhibeant.

X.

Priori in casu ex consignatione sive Protocollo appareat, 1) quis proposuerit negotium, consentiens ipse, an per alium; * 2) quid expositum sit, cum omnibus circumstantiis, 3) quando, ** 4) quo loco. ***

* Ejus nomine certe maxima circumspectio est adhiben-

hibenda. Sunt enim, qui plane consentire nequeunt. Sunt, qui soli non consentiunt. Sunt negotia, quæ per mandatarium expedire non licet. Et in ipso etiam mandato possunt esse, quæ actum expediendum plane vitiosum reddunt.

** Multorum negotiorum validitas & efficacia a tempore dependet. Scimus, mandatum posterius tollere prius; dispositionem mortis causa per novam dispositionem infirmari; hypothecarum prioritatem ex prioritate temporis judicari.

*** Nam denuo alia negotia judex ille solum, qui pro tribunali sedet, alia etiam extra locum judicii, permittente lege, expedit; alia competentiam judicis præcise requirunt; alia, extra locum judicii ordinata, alia ratione, mox eadem, in judicio exposita, alio modo perficiuntur, quæ ex theoria satis cognita præterimus lubentes.

XI.

Posteriori in casu ea quidem, quæ sub n. 1. 3. & 4. continentur, judex negligere non debet, necessitatem tamen, ipsum negotium consignandi, cessare, per se patet. Quare sufficit, ipsum exemplar exhibitum in originali actis inserere, vel, reddito originali, copiam retinere, & sese ad ea, quæ copiosius loquitur exhibitum, brevissimis referre.

XII.

Sed jam alia circumspectione opus est, ne judex, vel sibi, vel parti, aliquid, a voluntate subscribentium alienum, imponi patia-

patiatur. Quare id agere debet, ut partes exhibitum, ejusque contenta, agnoſcant, manum & ſigilla, ſe ex certa ſcientia ſcripto addidiſſe, declarent, nihilque in ſcriptura eſſe, quod noluerint, ad Acta fidem faciant. Quo peracto, de ipſa hac ratihabitione ſpecialem, & ad omnes circumſtantias directam, in Protocollo fieri, mentionem, curet.

XIII.

In utroque caſu denique judex plenam Protocollo fidem conciliare ſtudeat. Quod, ut efficiat, ſtipulatione quidem, a partibus interpoſita, haut opus eſt, quamvis ex more judiciorum plerumque accedere ſoleat. * E contrario autem haut negligat, ut 1) prælectio partibus fiat, ** 2) ut Protocollum notis ad marginem ſcriptis, ſcriptura interlineari, vel deletione circumſtantiarum, quæ ad eſſentiam negotii ſpectant, non fiat ſuſpectum, aut vitioſum, *** 3) ut idem illud a perſona jurata conficiatur, & ejus ſubſcriptione muniatur, **** 4) ut denique partes ipſæ Protocollo ſimul ſubſcribant. *****

* Hanc ſolennitatem omnino ſuperfluam eſſe, vel ex hoc ſolo apparet, quod efficacia pactorum hodie non a ſtipulatione, ſed a conſenſu, derivanda ſit. Quid, quod ſtipulatio illa, in judiciis, per ma-

nus porrectionem, peracta, ne stipulatio quidem nominari possit.

** Hujus necessitatem loquitur ORDIN. NOTAR. *Maximil. de anno 1512. §. 14. 16. 17.* Confirmat *L. 77. D. de reg. jur. L. fin. C. plus valer. quod agit*, rationibus sat grauibus evincit BÖHMER *Diss. de contractu non praelecto.* IDEM *Diss. de testamento non praelecto.* Certe, cum necesse sit, ut de partium consensu nullum oriatur dubium; consequens etiam est, ut, ubicunque scriptura negotio accedit, sive probationis, sive solennitatis causa, praelectione adhibita, de certitudine consensus constet.

*** Cancellationes, rasuras, lituras, scripturas interlineares & marginales, fidem instrumentorum suspectam reddere, maxime, si contingant in substantialibus, docent NICOLAUS EVERHARDUS *de fide instrum. cap. 3. n. 45.* MENOCH. *de arbitr. judic. quaestion. Lib. 2. cas. 187. & de praesumt. lib. 5. praes. 20.* Diserte etiam eos prohibet ORDIN. NOTAR. *de anno 1512.* Cautelam, ne noceant, commendat *L. 1. §. 1. D. de his quae in testam. delent.* add. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. 1. cap. 6. §. 4. sqq.* Optimum consilium est, ut, quando partes, dum negotium proponunt, vel Protocollum iis praelegitur, voluntatem mutant, super hac ipsa mutatione peculiaris registratura conficiatur. De scriptura interlineari & marginali adde quoque WERNHERUM *P. 9. obs. 191. n. 1. sqq.*

**** Et quidem a persona peculiari, a persona judicis distincta, non ex aequitate solum, ne ex unius judicis fragili fide gravissima negotia pendeant, sed etiam de jure, per textum in *c. 11. X. de probat.* qui explicandus ex *c. 28. X. de testib.* vi cujus unius judicis, quantaecunque fuerit auctoritatis, verbo credendum non est, sive super testamentis, sive

ſive quibuslibet aliis contractibus quæſtio agitetur. Jus tamen Saxonicum Elect. per *Deciſ. XXXIX.* ibique PHILIPPI, ut & Praxis, actus voluntariæ jurisdictionis ex judicis ſolius fide ſuſtinet, vid. LEYSER *Spec. 71. med. 4. ſqq.* Plane, ſi officium judicis & actuarii in unam perſonam cadat, hujus fidem ſufficere, non eſt dubium. Hoc tamen ubique requiritur, ut a perſona jurata regiſtratura conficiatur. WERNHEK *P. X. obſ. 473.* quamuis nec dubitent, quin juramentum, poſt confectam regiſtraturam accedens, ſuſpicionem fraudis excludat, vid. SCHWENDENDÖRFFER *ad Fibig. cap. 2. §. 4.* LEYSER *Spec. 71. med. 8.* BERGER *Elect. Diſcept. Forenſ. p. 39.* qui tamen in *Supplem. P. 2. p.* 47. a ſe ipſo diſſentit.

***** Hanc cautelam commendat BERGER *Elect. Diſc. Forenſ. p. 34. & Oec. Jur. p. 951.* quo obviam eamus juramenti delationi, quam, contra regiſtraturas locum habere, evicit WERNHER *P. I. Obſ. 12.* Et certe majorem fidem habebit Protocollum, ab ipſa parte ſimul ſubſcriptum, quam regiſtratura, quæ Actuarii ſolum ſubſcriptione munita eſt. Diſſentit WERNHER *P. 5. Obſ. 218. & Supplem. Vol. VII. p. 4. ſq.* & juramenti delationem etiam contra regiſtraturam a partibus ſubſcriptam admittit, quod tolerari poteſt, duplici adhibito temperamento, 1) ut peculiares circumſtantias ſuppeditet deferens, quæ rem aliter geſtam indicant, 2) ut parti adverſæ, non judici aut Actuario, juramentum deferat. Hi enim, cum jam officii intuitu juramentum præſtiterint, alia ratione convincendi ſunt, quod officio defuerint. Cæterum hanc juramenti delationem demum adhiberi poſſe ad deſtruendam fidem judicialem, ubi in proceſſu ordinario verſamur, per ſe patet.

XIV.

Quod jam ad teſtimonium, ſuper negotio, judicialiter peracto, exhibendum, attinet, judex, ante, quam id ipſum partibus exhibeat, diſpiciat, anne negotium cauſæ cognitionem ad formam ſui requirat, eamque, ne vel ſe ipſum ad damni reſtitutionem, & læſionis reparationem obliget, præmittere atque omnes circumſtantias ponderare debet. *

* Eſſe actus, quos judex ipſe validos efficere debeat ſua auctoritate, jam diximus. Sigillatim huc pertinet unio prolium, alienatio rerum pupillorum & minorum, donatio immodica, alicubi hypothecæ conſtitutio &c. Et in his, ſi officio ſuo deſit judex, quin in ſubſidium conveniri poſſit, vel ideo non eſt dubium, quia ipſa æquitas jubet, vt damnum, dolo vel culpa noſtra alteri illatum, reſarciamus. Quo nomine, quæ de magiſtratibus conveniendis in Jure noſtro proponuntur, applicanda eſſe, cenſemus.

XV.

Ipſum teſtimonium partibus, in forma inſtrumenti publici, ſub nomine judicis, exhiberi ſolet, quod abſolvitur repetitione eorum, quæ protocollum antecedens continet, * addita declaratione, ipſum negotium judicialiter eſſe geſtum; accedit deinde pro diverſitate negotii, vel judicialis confirmatio, vel conſenſus judicia-

lis

lis expoſitio. Fides denique inſtrumento conciliatur per ſubſcriptionem judicis, appoſito ſigillo judiciali. **

* Eſt itaque hoc inſtrumentum referens, Protocollum eſt relatum, quippe ex quo id conficitur. Quodſi igitur eveniat, ut inſtrumentum a regiſtratura in quibusdam diſcrepet, majorem tum procul dubio regiſtratura habebit fidem, LEYSER *Spec.71. med.16.* Commode enim, quæ de inſtrumentis Notariorum diſſerit CARPZOV. *P. I. Conſt. 17. de 44.* ad inſtrumenta judicialia applicantur.

** His tamen ambagibus non utuntur judices, quando quis negotium, quod in ſolitaria unius voluntate nititur, v. c. teſtamentum, ſcriptura comprehenſum, exhibet, ſed plerumque vel regiſtraturam, ſuper oblatione confectam, involucro inſcribunt, & exhibenti cum exhibito tradunt, vel, dum ſcripturam oblatam retinent, ſimplex atteſtatum *(einen gerichtl. Schein)* dare ſolent. Imo, ex more quorundam judiciorum, ulterius quid ſibi commiſſum eſſe haut putant judices, quam ut ſcripturæ, a partibus exhibitæ, atteſtatum oblationis & conſenſum inſcribant, ſubſcriptione & ſigillo munitum.

XVI.

Igitur, quando voluntatem partes jam in peculiari ſcripto comprehenderint, ipſam ſcripturam ejusque contenta in extenſo inſtrumento confirmationis inſerere ſolent, vel in originali, retenta copia, vel in copia, retento originali.

XVII.

Præterea confirmationem & conſen-

ſum

ſum ita ſemper exponere ſolent judices, ut proteſtatione de præjudicio, ſibi, vel tertio, per confirmationem, haut inferendo, interpoſita, cujusvis jura conſervent. *

* Quam clauſulam tamen merito ſuperfluam dixeris. Simplex enim confirmatio tertio neque jus, quod non habet, tribuere, neque jus, quod ipſi jam competit, adimere poteſt. Confirmatio enim novi quid non continet, eidemque jam per ſe clauſula : in quantum actus de jure valet : ineſt vid. *L. 11. C. de præd. & aliis reb. minor.* quapropter vel ipſa confirmantis perſona cenſetur excepta. REYHER *in Theſ. jur. voc. Confirmatio.*: Quatenus vero negotium conſenſu ſuo munit, quod absque ejus conſenſu vix validum judicabatur, idem ille ſibi fruſtra jus ſuum reſervabit, cum ejusmodi reſervatio proteſtationem, facto contrariam, contineat.

XVIII.

Hæc de negotiis, quæ conſentientes judici exponunt. Dum vero cauſa controverſa deciſionis gratia in judicium deducitur, ejus formalia in genere abſolvuntur modo & ratione controverſiam cum omnibus circumſtantiis proponendi, alteram partem audiendi, judici de eo, quod hinc inde propoſitum eſt, fidem faciendi, ipſam denique controverſiam deciſione judiciali terminandi.

XIX.

Ipſa ratio hæc omnia peragendi pro diver-

diverſitate objecti in judicium deducti, diverſos etiam producit procedendi modos, de quibus jam ſigillatim videbimus.

CAPVT I. GENERALE
DE
DIVERSIS PROCEDENDI MODIS IN IVDICIO.

I.

PRoceſſus in genere eſt modus & ordo legitimus, cauſas controverſas in judicium deducendi, easque, audita prius altera parte, & veritate rei perſpecta, per ſententiam finiendi. *

* Quatuor hæc capita, actionem ſcilicet, reſponſionem, probationem, & ſententiam, proceſſus eſſentiam conſtituere, nec alterum ex iis, citra nullitatis vitium, abeſſe poſſe, merito dixeris, qualiscunque demum, utut maxime privilegiata, ſit cauſa, in judicium deducta. Et licet, permittente lege, vel ordinem procedendi, quem natura rei ſuppeditat, intervertere poſſit actor, & v. c. prius probationem offerre, quam rei reſponſionem didicerit, ut tamen capita illa adſint, neceſſe eſt. Rem Practici ita effari ſolent. *Wo kein Klæger, da iſt kein Richter: Niemand iſt unverhœrter Sache zu verdammen; Einem bloſſen Angeben iſt nicht zu trauen &c.*

II.

Cauſa, quæ in judicium deducitur, vel reſpicit intereſſe privatum tantum, vel in intereſſe publico deſinit, vel de utroque par-

participat. Cujus rei intuitu processus non male forsan dividitur in *civilem*, *criminalem* & *mixtum*.

III.

Mixti quidem processus in hac significatione Practici mentionem facere haut solent, & a potiori causa, quæ alteram ad se trahit, processum denominant, re ipsa tamen admodum frequens est, & cuilibet actori commendandus, qui ex delicto læsus est, eoque nomine agendi jus nanciscitur. *

* Rem omnem sic cape: Consuetum esse, & ad usum fori nostri accommodatum, judici crimen, ex quo læsi sumus, denunciare & postulare, vt processum inquisitionis ex officio instituat, simul vero huic processui pro nostro interesse adhærere. Sic enim, ut ait SCHILTER. *Exerc. XXI. th. 17.* onere probationis & sumtuum læsus sublevatur. Et recte. Nam, qui ob publicum interesse magistratui aliquid denunciat, partes actoris ea in re suscipere haut tenetur, sed, quæ in promtu habet, indicia suggerit, & magistratui, ut ex officio vlterius procedat, relinquit WERNHER *P. IV. Obs. 216.* sic vero finita causæ cognitione sententiam judicis, & pœnæ, & læsionis intuitu, secure expectat. Quare nec denegandum est denuncianti, ut contra sententiam gravantem, quatenus ejus interest, remedio suspensivo utatur WERNHER *§. VI. Obs. 302.*

IV.

In causis, quæ interesse privatum concer-

cernunt, vel ideo ad Judicem confugimus, ut viam ad litem, tempestive aperiamus, * vel eum in finem eundem accedimus, ut, quod nobis vel ex jure in re, vel ex jure ad rem, debetur, consequamur. Ibi processu *praeparatorio*, hic *principali* utimur.

* Diversos processus præparatorius fines habet. Mox eum adhibemus, ut alterum ad litem, tempestive nobiscum suscipiendam, prouocemus. Unde processus provocatorii. Mox, ut certiores nos reddamus, an cum aliquo judicium suscipere tuto possimus, quorsum spectat actio ad exhibendum. Mox, vt sciamus, quonam judicio experiamur *L. 11. C. de heredit. petit.* Mox, ut adversarium, ad litem, coram judice incompetente, nobiscum ventilandam, obligemus, quorsum facit ex parte processus arresti.

V.

Principaliter controvertimur vel de jure possessionis acquirendo, conservando, vel recuperando, vel de jure consequendo, quod, præter possessionem nobis competere, credimus. Illi fini inservit processus *possessorius*, huic processus *petitorius*. *

* Cum sæpius fiat, ut, qui ex jure reali cum adversario litem instruere vult, in possessione rei, vel juris, de quo lis est, sit constitutus, consultum omnino est, ut possessorium retinendæ præ petitorio eligat, quippe quod insignia commoda habet. Nam 1) facilior possessionis, quam juris est probatio.

batio. 2) Qui in possessorio victoriam reportat, partes actoris in adversarium devolvit; 3) possessorium exceptiones, quae petitorium tangunt, non admittit, & 4) possessorium celerrimae expeditionis est. Imo permittit etiam Jus Canonicum in *c. 5. X. de caus. propr. & possess.* possessorii cum petitorio cumulationem eo effectu, ut judex de alterutro pronunciare possit. BÖHMER *Jur. Eccl. Protestant. Lib. 2. tit. 12.* BERGER. *Elect. Proc. Possess. th. 40. sqq.*

VI.

Causae, quae respiciunt interesse publicum, vel a judice ex officio deducuntur in judicium, vel a persona laesa, aut alia, eum in finem, ut delicta deferat, publice constituta, solenniter * judici exponuntur. Ibi processus *inquisitorius*, hic *accusatorius* locum invenit.

* Ut tanquam Actor, exhibito simul libello accusationis, processum instruat. Non itaque huc pertinet nudus delator, qui sponte ad judicem defert, delictum esse commissum, & a denunciante parum differt. Quemadmodum enim denunciatio non tollit processum inquisitorium, sed eum instruit, ita delatio non facit processum accusatorium, sed judicis officium excitat.

VII.

Haec tum, quando delinquens praesens est. Contra absentem, secundum gravitatem delicti commissi, vel processu *edictali*, vel processu *bannitorio* utimur. *

* Uterque eo tendit, ut delictum puniatur, hoc tamen

men adhibito difcrimine, ut ibi ob delictum, quod capitale non eft, contra delinquentem contumacem, pœna, ex ejus confeffione ficta, in continenti ftatuatur, hic ob delictum, quod capitale eft, jus oriatur, delinquentem, ficte confeffum, ad judicium quodcunque rapiendi, eumque, prævia adhuc quadam caufæ cognitione, pœna promerita afficiendi.

VIII.

Iudicia deinde, in quibus de caufa civili vel criminali controvertimur, pro arbitrio Principis varia funt. Generatim tamen in judicia Ecclefiaftica & fecularia, * hæc iterum in fpecies innumeras diftinguuntur. Inde proceffum quoque in *Ecclefiafticum* & *fecularem* diftinguere, hunc iterum in tot fpecies dividere folemus, quot ipfa diverfitas judiciorum fuppeditare videtur. **

* Non, quod omnino neceffaria fint Confiftoria in Republica, nec hæc absque illis confiftere poffit, cum fatis fciamus, ipfam neceffitatem judiciorum Ecclefiafticorum ex fpurio conceptu de diverfa Reipublicæ Ecclefiafticæ & fecularis facie deriuari, quem dudum explofit HERTIVS *in Diff. de fuperior. territor*, §. 13. BÖHMER *Jur. Ecclef. Proteft. lib. I. Tit. 31.* §. 41. *fqq.* & ne quidem INSTR. PAC. WESTPHAL. *art. V.* agnofcit; fed, quod Princeps, qua Princeps, vi imperii fui, cui jus jurisdictionis cohæret, de controverfiis fubditorum ftatuere, judicemque iis, quem velit, affignare poffit. Add. LVDOVICI *Einl. zum Confiftorial-Proc. cap. 1. & 2.*

Nam & apud Proteſtantes cauſas, quæ Eccleſiaſticæ vocari conſueverunt, ſæpius judicis ſecularis deciſione finiri, docet BEYER *ad Dig. Tit. de jurisdict. poſit. 52.* add. WAGENSEIL *de civit. Noriberg. in addend p. 376.*

** Sic habemus proceſſum metallicum, feudalem, militarem, ſalinarem, foreſtalem, & id generis plures.

IX.

Quod ad ordinem & modum in diſceptanda lite obſervandum attinet, is vel legalis eſt, vel arbitrarius. Hic poſitus eſt in arbitrio judicis, ex æquo & bono magis procedentis, * quam ad certam regulam reſpicientis. Ille abſolvitur regulis quibusdam, ex præſcripto legum præciſe obſervandis. Inde proceſſus diſtinguitur in *regularem* & *irregularem*, ſive arbitrarium.

* Prudens hic & probabile judicis arbitrium, non vagum, ſubintelligendum eſſe, facile patet. Subſtantialia enim nihilo ſecius obſervare debet, & cauſam ſufficienter cognoſcere. Et ideo leges tumultuariam illam procedendi rationem omnino damnant, quam olim v. c. judicia Weſtphalica præ ſe ferebant, de qua vide SCHOTTELIVM *in antiqu Germ. jur. cap. ult.* THOMAS. *Diſſ. de origine & interitu judicior. Weſtphal.* Interim videmus, cauſas ſtudioſorum & ruſticorum arbitraria fere ratione expediri. In cauſis etiam levioribus, quæ ſummam 50. florenorum non excedunt, item in cauſis politiæ, opificum, famulorum, commerciorum, ædificiorum, rationum, judex in Saxonia

Electo

Electorali ex æquo & bono procedere potest vi ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. I. §. 6.*

X.

Legalis ordo denuo in solennem & minus solennem dispescitur. Ille omnes omnino regulas, a lege præscriptas, præcise servat, & regulam procedendi eo usque constituit, quousque lex ipsa exceptionem non suppeditat. * Minus solennis est, quando, remissis nonnullis vel plerisque solennitatibus, lege permittente, causa disceptatur. Prior processus *ordinarius*, posterior *summarius* dicitur.

* Et vel ideo, quia regulam constituit, exceptio autem facti est, in dubio præsumitur MEVIUS *P. II. Decis. 171.* ut sic ille, qui a regula recedit, exceptionem probare debeat, nec alteri parti invitæ alium procedendi modum obtrudere possit.

XI.

Remittuntur vero solennitates vel in causis, quæ concernunt jus aliquod liquidum, vel in causis altioris, ut dicunt, indaginis, ob præjudicium tamen aliquod illis cohærens, celeriter expediendis, * ille processus dicitur *executivus*, hic *summarius in specie* nominatur. **

* De causis his exceptis Doctores passim multa tradunt. Vid. ZANGER *de Exception. P. I. n. 66.* CARPZOV. *de Proc. Tit. I. art. I. n. 47.* MARTINI *Proc. Tit. I. Rubr. n. 12.* Alii eas ex regula dijudicant

a causis, quæ olim apud Romanos prætoriæ cognitionis erant, desumta. Hanc vero universalem non esse, docet LYNCKER *ad tit. D. de judic.* Alii toties causam summariam adesse dicunt, quoties vel præjudicialis, vel præparatoria, vel periculum in mora, vel favor piæ causæ, vel favor publicus concurrit. STRYCK. *ad Lauterbach. tit. de judic. voc. Summarius.* WERNHER. *P. 1. Obs. 70.* Nos, vel ideo certa & universali regula rem confici non posse, credimus, quia res Principis arbitrio relicta est, quem pertractandi modum in causis controversis observari velit.

** Processum hunc summarium Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Append.* §. *1.* plane sustulit, & in ejus locum arbitrarium potius, duce æquitate, adhibendum, substituit, solo modo procedendi in causis mercatoriis per ordin. Mercat. de anno 1682. ordinato, excepto.

XII.

Præjudicium cohæret omnibus illis causis, quarum decisio diutius dilata, vel illi, qui eas in judicium deduxit, * vel publico ** insigne aliquod detrimentum affert, quamvis nonnunquam solus favor personæ vel causæ celeriorem expeditionem operetur. ***

* Huc refer causas alimentorum, salariorum, mercedum, operis novi nunciationis, depositi, restitutionis in integrum, operarum, &c. præparatorias, possessorias.

** Pertinent huc causæ tributorum, vectigalium, onerum publicorum, commerciorum, ædificiorum &c.

*** Re-

*** Refer huc causas personarum miserabilium, studiosorum, rusticorum, causas fisci, matrimoniales, Ecclesiasticas, piarum causarum &c.

XIII.

Speciatim vero, quando summarie procedimus, modus & ratio disceptandi ad naturalem magis ordinem accommodatur, &, observatis substantialibus processus, de simplici & plano cognitio peragitur. Ubi vero executive procedimus, ne ordine quidem naturali inhæremus, sed in eum, cujus scripta, & certis requisitis munita, confessio extat, simulac actor eam produxerit, & reus eandem agnoverit, executionem decernimus.

XIV.

Quæ executio regulariter quidem in rem debitoris peragitur. Quodsi vero personam ipsam obligaverit creditori, quin & in personam executio fieri possit, dubium non est, eamque re ipsa fieri, ubi cambium intermedium est, experientia docet. * Quod movet Doctores, ut processum executivum in eum, qui *in specie talis* dicitur, & *cambialem* distinguant.

* Sunt tamen & alii casus, in quibus creditori jus in personam debitoris nascitur. Primo, pacto debitorem se ad carceres obligare posse, extra causam cambii, nemo facile vocabit in dubium, mo-

 do,

do, si sexum sequiorem profiteatur, secundum CONSTIT. ELECT. SAX. *21. P. 3.* certioratio de efficacia negotii praecedat. Species ejusmodi pacti est obstagium, vi cujus debitor se ad confinationem obligat. Conf. IVS PROV. SAX. *Lib. 2. art. 11.* & diplomata in MEIBOMII *Script. rer. German. T. 1. p. 411.* ut & in STRVVII *Histor. Jur. Germ. cap. 6. §. 36.* Quod in RECESSV quidem *Imperii de anno 1577. tit. 17. §. 2.* abrogatum, ordinibus tamen Holsatiae confirmauit *Recess. Imper. de ann. 1654. §. 171. in fin.* & INSTR. PAC. OSNABR. *art. 8. §. 4. in fin.* Conf. TABOR. *de jure obstagii.* Deinde ex legis dispositione aliquando carceri mancipatur debitor, qui bonis cedit. Spectat huc in Saxonia *der Schuld-Thurm*, de quo dixi *in der Einleitung zum Saechs. Rechte P. 3. Sect. 2. Exerc. 6. §. 36. sqq.* Similis huic incarcerationi est traditio debitoris in manum creditoris, *an die Hand und Halffter*, majoribus nostris cognita, vi IVR. PROV. SAXON. *Lib. 3. art. 39.* Et SVEVIC. *cap. 131.* hodie fere ubique abrogata, Jure tamen Lubecensi approbata. vid. IVS LVBEC. *Lib. 1. Tit. 3. art. 1.* ibique MEVIVM.

XV.

Hactenus vero, sive ordinarie, sive summarie, sive denique executive procedamus, processus tamen est regularis, cum lex non judicis arbitrio rem omnem relinquat, sed secundum naturam cujusvis processus certam formam adhuc, quam & judex & pars litigans sequi debet, suppeditet. Quo nomine omnes istas species legali processui recte annumerabis.

XVI.

XXI.

Legali vero contradiſtinguitur conventionalis, quam partes litigantes, permittente lege, in cauſis, quæ transactionem admittunt, interveniente conventione, determinare poſſunt. *

* Hujus itaque forma unice a partium arbitrio dependet, eaque præciſe, etiam a judice, ſervanda eſt. Si tamen peculiare quid non determinaverint, ſervato nihilo ſecius juris ordine procedendum eſt *L. 1. L. 32. §. 15. de recept. & qui arbitr.* quamvis hoc in caſu in ſententia acquieſcere debeant, *L. 27. §. 2. Eod.* nec remediis ſuſpenſi is uti posſint *L. 1. C. Eod.* SCHILTER. *Exerc. 12.* CARPZOV. *P. 1. Conſt. 1. def. 13.* Reliqua ex theoria & argumento juris de arbitris repetenda ſunt. Adde tamen BEIERI *Diſſ. de proceſſu conventionali*.

CAPVT II. GENERALE
DE
PERSONIS IVDICIVM CONSTITVENTIBVS.

I.

OMnis proceſſus ventilatur in judicio. Eſt autem judicium * locus, in quo cauſæ, vel auctoritate, vel deciſione judiciali, indigentes, a perſonis, vel conſentientibus, vel litigantibus, cuidam perſonæ, publice conſtitutæ, eum in finem proponuntur, ut vel controverſiam futuram facilius evitent, vel litem præſentem & imminentem finiant,

* Triplicem judicii vox recipit significationem. Primo causæ ipsius in judicium deductæ tractationem denotat: Indeque in civile, criminale, seculare, ecclesiasticum, feudale &c. distinguitur. Deinde integrum processum indicat, sive modum, causam controuersam pertractandi. Quo nomine ordinarium, summarium, executivum audit. Denique pro loco sumitur, ubi jus redditur, ut hoc loco. Quemadmodum vero primaria constituendorum judiciorum causa erat, ut cuique suum tribueretur, ita generatim judicis officium eo redit, ut, causa sufficienter cognita, auxilium imploranti præsto sit.

II.

Nullum itaque judicium potest esse absque judice. Judex autem non potest exercere officium, nisi adsint, qui ejus auxilium in causa, vel conventionali, vel litigiosa, implorent. Sigillatim in causa, quæ in controversiam abit, personas & judicantes & litigantes adesse debere, res ipsa docet.

III.

Ipsa vero negotia controversa vix alia ratione finiri possunt, quam ut præcedat causæ cognitio, * accedat ejus, quod cognitum & perspectum jam habet judex, decisio, sequatur tandem ejus, quod statutum est, executio.

* Quam, certo adhibito ordine, peragendam esse, jam supra diximus. Præprimis vero, ubi plures

causæ concurrunt, præcognoscendæ sunt præjudiciales, præparatoriæ, & quæ cæteris præstant. vid. HERTII *Diss. de ordin. causar. in judic. tractandar.* MEVIVS *P. 7. Decis. 379.* Naturale enim est, ut causa, cui præjudicium inest, litem principalem sistat, cujus decisio ab illius discussione pendet, utut incidenter tantum de præjudicio quæstio oriatur. Pertinet huc v. c. quæstio de legitimis natalibus in hereditatis petitione, quæstio de dominio in actione confessoria & negatoria, quæstio de SCto Vellejano in actione fidejussoria contra fœminam. Add *L. 1. C. de ordin. judic. L. 10. C. de injur. L. 14. C. de testib.* Eodem modo possessorias causas, quæ præparatoriæ sunt, ante petitorii causas esse finiendas ex *L. 25. de acquir. vel amitt. possess. L. 13. C. de Rei vindic.* constat. Pariter ob præstantiam causa criminalis prius excutienda est, quam civilis *L. 5. §. 1. D. ad L. Jul. de vi public. L. 33. C. ad L. Jul. de adult. L. 20. C. ad L. Cornel. de falsis.*

IV.

Quæ cum ita sint, judicem merito dixeris personam publice constitutam, * eum in finem, ut non solum negotia extrajudicialia judiciali auctoritate corroboret, sed etiam negotia controversa, prævia causæ cognitione, decidat, atque decisionem vel jure proprio, vel alio judice, in auxilium vocato, executioni mandet. **

* Publica auctoritate, ut judex esset instructus, vel ideo videbatur necesse, quod status civilis ratio vix toleraret privatam dictionem juris, ipsumque jus judiciorum regalibus Imperantis juribus annumeraretur. Quemadmodum itaque quilibet,

illi, qui proprio ausu jus dicit, impune non paret, imo eidem recte resistit, ita, si liberum cuivis jus dicendi vel sibi vel aliis relinqueretur arbitrium, Reipublicæ tranquillitas non posset non corruere. *L. 13. §. 3. de usufruct. L. 14. C. de Judæis. L. 13. D. quod met. caus.* Quapropter, ubi judicis copia potest haberi, privata dictio juris omninò est prohibita. Sic vero ille, qui alienam possessionem invadit, tenetur de vi, nostris moribus de spolio. Qui via facti rem propriam persequitur, amissione juris sui, si quod in re habet, punitur *d. L. 13. quod met. caus. L. 7. C. unde vi* & præterea ad pœnam publicam se obligat, de cujus argumenti usu hodierno dixi in *Not. ad Struvii Jurisprud. Lib. 2. tit. 37. p. 388.* Cæterum in casu necessitatis, ubi judex in continenti haberi nequit, damnumque nobis imminet, quod alia ratione avertere non possumus, irreparabile, defensio cuivis permittitur *tot. tit. C. quando liceat unic. sine judic. se vindic. L. 10. §. 16. de his, quæ in fraud. credit.* STRUVIUS *de vindict. privat.*

** Non eo sensu, ut judex ille dici nequeat, qui triplici hac facultate conjunctim non est instructus, sed eo sensu, ut judex non sit, qui neutram habet. Plane alia enim nostræ jurisdictionis est facies, quam quæ Romanis cognita erat. Hi jurisdictionem ad causas civiles alligabant, & merum imperium illi contradistinguebant. Hi jurisdictionem illi, cui nuda solum notitia commissa erat, denegabant. Conf. HUBER. *ad tit. de jurisdict.* NOODTIUM *de jurisdictione.* Hodie jurisdictio omnem magistratus potestatem complectitur, & cum Principis sit, statuere, quid possit judex, non desinit esse judex, cui vel minima pars jurisdictionis concessa est. Quare nec essentiam judicis causæ constituit facultas judicata exequendi, sed,

ſed, ut alium judicem eo nomine imploret, ejusque auxilio utatur, omnino permittitur.

V.

Deciſio cauſæ controverſæ deſumitur ex Legibus, de negotiis civium diſponentibus, adeoque per ſe patet, in judice deſiderari habilitatem, id eſt, ſcientiam juris, ex qua cauſæ deciſio eſt deſumenda.*

* In Germania judex, qui jurisdictionem in patrimonio habet, videtur excipiendus, cum in eo plus ad exercitium jurisdictionis non requiratur, quam poſſeſſio fundi, cui jurisdictio cohæret; ea vero ratione perinde ſit, ſive literarum & ſtudiorum habeat peritiam, nec ne, ſive in tenera ætate vivat, ſive viriles annos attigerit, ſive mas ſit, ſive fœmina. Verum enim vero, cui cum fundo conceditur jurisdictio, illi etiam, vel tacite, imponitur neceſſitas, ut adminiſtrationem jurisdictionis perſonæ habili committat. Quæ cum ita ſint, conſultum etiam eſt, ut profectuum & ſcientiæ legalis ſpecimen, qui judicem conſtituit, ab eodem edi curet prius, quam juris dicundi facultatem illi tribuat. Quale examen in Saxonia Electorali ex legis publicæ diſpoſitione ſubire debere judices, EX ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 2. §. 2.* diſcimus.

VI.

Deciſio cauſæ ita expedienda eſt, ut judex ab omni partium ſtudio ſit remotus. Permittunt igitur leges, ut judex,* contra quem contraria militat præſumtio,** tanquam ſuſpectus recuſari poſſit.***

* An

* An integrum collegium? Affirmat *c. 10. X. de foro compet.* defendit MEVIVS *P. 1. Decis. 194.* omnem ea de re controversiam, olim Protestantes inter & Pontificios, occasione causarum religionis motam, expedit STRAVCH. *in Exercit. Exoter. ult.* Nil habeo, quod moneam, quando suspicio cadit in singula membra. Si vel unum alterumve membrum supersit, cujus integritas suspicione non premitur, illud vel ideo, quod jurisdictio Collegiis concessa cum singulis membris communicata sit, causam cognoscere poterit, ut tamen reliqua membra interim discedant. Ita secundum Ius Camerale vid. ORD. CAMERAL. *P. 1. tit. 13.* & secundum mores judiciorum. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. P. 1. cap. 2. membr. 3.* add. GAIL. *Lib. 1. obs. 33.* CARPZOV. *lib. 2. Resp. 11. n. 21. sqq* STRYCK. *us. Modern. D. ad tit. de judic.* §. *11. sqq.*

** Non unum hujus præsumtionis est fundamentum. Alii quidem eum recusari posse dicunt, qui gravare potest; alii ea ad suspicionem contra judicem capiendam sufficere credunt, quæ testem faciunt suspectum. Sed facile patet, quæstionibus potius hoc argumentum arbitrariis annumerari, quam unica regula confici posse. Hoc certum est: judicem suspicione laborare, qui commodum vel damnum ex causa sperat, utut indirectum, vel, si mavis, cujus singularis erga litigantem ejusve causam præsumi potest affectio. Vid. *L. 10. de jurisdict. L. 10. de judic. cap. 36. X. de appellation.* Exempla profert ZIEGLER *in Dicastic. concl. 13.*

*** Quo ipso, cum *L. 16. C. de judic.* partibus hoc beneficium concedat, judici non fit injuria MEVIVS *P. 1. Decis. 51.* Est autem injuria, quando causam legitime non probat ille, qui judicem recusat. Præterea recusatio res est periculi plena, & judicis animum offendit. Caveant igitur advo-

cati,

cati, ne vel judicem æquum, exceptione recusationis intempestive & inconsiderate opposita, sibi clientibusque reddant infestum. Optime sibi consulunt, qui, quoad fieri potest, famæ judicis parcunt, & ad remedium, cujus mentio fit in §. 9. *J. de suspect. tutor.* confugiunt.

VII.

Quæ causa si notoria sit, recusationi statim locum facit. Sin dubia, aut probanda, aut probatio, præstito perhorrescentiæ juramento, evitanda est. * Quod remedium utrique partium commune esse merito defendimus. **

* Sedes hujus juramenti est in *C. 11. de Rescript. in 6to* & continet declarationem, *dass man nicht glaube noch dafür halte, es werde der Richter uns in dieser Sache Justiz wiederfahren lassen.* Duplex autem hujus dispositionis est ratio, partim, ut judicis existimationi parcamus, partim, ut difficilem illam causæ suspicionis probationem subire non debeamus. Conf. BOEHMER. *Jur. Eccles. Protest. Lib. 2. tit. 2.* §. *72. sqq.* Quæ cum ita sint, ne alleganda quidem causa erit, quod absque fundamento cum MEVIO *P. X. Decis. 154.* in dubium vocat WERNHER *P. 5. obs. 165.* Add. FELTMANNVM *de juramento perhorresc. Disp. 1. cap. 4. n. 79.*

** Denuo actoris intuitu dissentit MEVIVS *P. 6. Decis. 71.* Verum neque capitulum allegatum actorem excludit, neque ratio diversitatis apparet, cur paria hoc in argumento litigantium jura non possint admitti, vid. STRYCK. *Introd. ad Praxin cap. 9.* §. *17.*

VIII.

Hoc singulare est, quod illi, qui juris-

dictio-

diſtione patrimoniali gaudent, jus habeant, ſubditos conveniendi in proprio judicio; * Caveant tamen, ne vel ipſi cauſam ſententia dirimant, ſed eam a Collegio Juridico ad Acta ferri curent. **

* Jurisdictionem patrimonialem in locum juris diſciplinæ domeſticæ, quod Patresfamilias olim in omnem familiam exercebant, ſucceſſiſſe ad oculum demonſtravit HEINECCIVS *Diſſ. de origine & indol. jurisdict. patrimon.* Quare nec nova, nec in urbe nata, ſed ſat antiqua & ruri præſertim cognita eſt, ubi ingenuorum prædiis cohæret, & in ruſticos atque homines proprios exercetur, qui antiquorum ſervorum & libertorum conditionem profitentur. Poſtea tamen Principes ad exemplum ingenuorum magiſtratibus quoque oppidanis jurisdictionem permiſerunt habere in patrimonio. Plura notatu digna de hac jurisdictione exhibet BEYER *Jur. German. Lib. 1. cap. 4.* Proximum itaque diſciplinæ domeſticæ jus erat lites familiæ componendi, idque illud ipſum jus conveniendi ſubditos in proprio judicio complectitur, quod hodie exercent ii, qui jurisdictione patrimoniali gaudent. Delineavit faciem hujus juris MENCKE *in Diſſ. de jure conveniend. ſubdit. inpropr. judic.* Res eo redit, ut teneamus, poſſe eum, qui habet illam jurisdictionem, ſubditos in propria cauſa, in qua actoris vices ſuſtinet, ad judicium ſuum vocare, non vero ad ſuum tribunal provocare in cauſis, in quibus reus eſt. BERGER *Supplement. ad Elect. Diſcept. Forenſ. P. 2. p. 44.* Sigillatim in Saxonia Elect. deciſionem in cauſis operarum ſibi quodammodo reſervavit Princeps, vid. *Einl. zum Sachſ. Recht Part. II. cap. 10. §. 3. & 6.*

** Non

** Non itaque ex necessitate, ceu putat LEYSER *Spec. 68. med. 4.* cum jurisdictioni patrimoniali omnes jurisdictionis partes insint, & eodem jure in decidendis causis utatur judex patrimonialis, quo alius judex ordinarius gaudet; sed ex capite prudentiæ, ne vel subditi de recusando judice cogitent, vid. CARPZOVIVM *Lib. 2. Resp. 14. n. 12.* ZIEGLER. *Dicastic. Concl. 12.* §. *31.* BERGER *Elect. Disc. Forens. P. 2. p. 42. sqq.*

IX.

Ulterius adhuc judex non de aliis causis cognoscere, easque sententia sua terminare potest, quam quarum cognitio & decisio ipsi a Principe, qui fons omnis jurisdictionis merito dicitur, sigillatim est concessa. Quapropter in judice etiam requiritur jurisdictio.

X.

Ex jurisdictione oritur competentia judicis. Omnis enim ille judex dicitur competens, cujus jurisdictioni vel persona convenienda vel causa controversa subest. * Quodsi vero eum prætereat actor, peculiari privilegio non munitus, ** non ille ipse solum, sed & altera pars beneficium primæ instantiæ per modum exceptionis recte urget. ***

* Omnis competentia vel ex persona, vel ex causa æstimatur. Et utrumque quidem forum actor sequi debet. Prius vero cum alio foro, v. c. contractus, rei sitæ &c. elective concurrit, estque præterea

terea, vel ex voluntate partium, vel ex legis dispositione, mutabile & prorogabile, utut privilegiatum sit, cum privilegium personæ concessum sit, hujusque favorem respiciat, cui quilibet renunciare potest, quousque lex prohibitiva non resistit. Posterius vero tanquam per se subsistit, &, quotiescunque a Principe ordinatur, ita ordinatum censetur, ut non solum omnia personæ privilegia vincat, sed & præterea facultatem adimat litigantibus, eidem renunciandi. Verbo: forum causarum in lege prohibitiva nititur, cui privatus efficaciam adimere nequit. Forum autem personarum lege permissiva plerumque absolvitur, & eo nomine arbitrium privati non plane excludit.

** Tale privilegium, novimus, concessum esse personis miserabilibus, ut, præterito judice ordinario, ad supremum Principis tribunal statim provocare possint, sive actoris, sive rei vices sustineant. *L. unic. C. quand. Imperat. inter pupill.* HUBER *Prælect. ad tit. D. de judic.* §. *60. sqq.* De eo dubitant, an, si litem jam coram judice ordinario susceperint, adhuc provocare possint? Affirmat LEYSER *Spec. 78. med. 5. sqq.* Negant plures cum BEYERO *in Delin. Pandect. tit. de judic. pos. 126. lit. e.* Si dicendum, quod res est, lis facile ita componitur, ut negemus in regula, affirmemus, si causa verosimilis, quæ judicem ordinarium suspectum reddit, appareat BERGER *Elect. Disc. Forens. tit. 4.* §. *96.* Tum vero non provocant vi privilegii, sed eodem jure, quo quilibet litigantium utitur contra judicem suspectum.

*** Nemini invito beneficium primæ instantiæ inverti vel auferri posse, & leges & Doctores unanimi ore loquuntur. vid. *c. 13. Caus. 11. qu. 1.* ORDIN. CAMER. *P. 2. Tit. 1. pr. Tit. 5.* §. *und soll sonst &c.* REC. IMPER. *de ann. 1654.* §. *Benebenst*

benft follen &c. CAPITVL. FERDINAND. *III. art. 17.* Nec immerito. Intereft enim fubditorum, ne media eripiantur ipfis, quæ corrigendis gravaminibus per fententiam illatis fufficiunt. Nec poteft non avocatio caufarum, & recurfus ad judicem fuperiorem judicis ordinarii exiftimationem gravare. Limitationes vid. apud SCHWENDENDÖRFFER *ad Fibig. p. 288. fqq.* RIVIN. *in Spec. Except. Forenf. cap. 3. n. 1. fqq.* Add. PETR. SCHVLZII *Diff. de benefic. prim. inftant.* COCCEII *Diff. de concurr. Iurisdict.*

XI.

Imo, a judice, vel ratione perfonæ, vel ratione caufæ, manifefte incompetente citatus, impune emanet. Sin incompetentia dubia, fatius eft, exceptionem fori declinatoriam in fcriptis opponere, * eoque ipfo comparitionem deprecari, vel in termino, interpofita proteftatione, ** exceptionem confervare. ***

* Nulliter quidem agit judex, qui, dum incompetens eft, procedit, & extra territorium jus dicenti impune non paretur: fed enim vero vel hoc folum, quod dubia res fit, judicesque pro extendenda jurisdictione laborare foleant, movere poteft citatum, ne fuis commodis defit, atque fententiam in contumaciam latam provocet.

** Hanc viam eligere debemus, quando ftylus Curiæ fcriptam controverfiæ difceptationem non tolerat. Sigillatim in Saxonia Elect. forum in fcriptis tum demum declinare licet, quando vel incompetentia eft notoria, vel minimum in continenti probari poteft. ORDIN. PROC. REC. *Tit. 11. §. 1.*

§. 1. Proteſtatione vero, quam Practici ita effari ſolent: *Man erſcheine, jedoch nur in honorem judicis, deſuper proteſtando*, vel ideo opus eſt, quia, qui ſcienter judicium accipit coram incompetente judice, omiſſa fori præſcriptione, jurisdictionem tacite prorogare videtur *L. 1. & 4. C. de jurisdict.*
*** Cæterum id ſingulare eſt, quod ipſe judex citans ſuper competentia cognoſcere poſſit vi *L. 5. de judic.* utut videatur judex eſſe in propria cauſa. Nam primo ipſe judex optime ſcit, quousque jurisdictio fundata ſit. Deinde etiam probabile non eſt, fore, ut citra voluntatem Principis jurisdictionem ſibi arroget, quam ſibi vix competere novit, ſic vero pœnam in ſe provocet. Plane alia ratio eſt exceptionis ſuſpecti judicis, ſuper qua judici recuſato vel ideo cognitionem concedere non poſſumus, quia nemo facile extiturus eſt, qui ſe accuſet ſuſpectum.

XII.

Iudex porro in decidenda cauſa ita verſari debet, ut & æquitatis rationem habeat, eamque juri ſtricto, ubi id ſalvis legibus fieri poteſt, præferat, etiamſi partes illum eo nomine haut imploraverint. * Dum vero judex id facit, officium, ut dicunt, nobile exercet.

* Aliter quidem Practici, qui omnes paginas exhibitorum imploratione Nobilis Judicis officii pro adminiſtranda juſtitia exornant, imo, ut nuper obſervavi, aliquando per viſcera juſtitiæ judicem obteſtantur, eumque ſolennis hujus clauſulæ tribuunt effectum, ut jam vel invitus judex æquus rerum cenſor exiſtat; Sed fallunt & falluntur. Hanc enim opinionem & ipſam implorationem,

in

in erroneis niti principiis, docuit BÖHMER *in Jur. Eccles. Prot. ad tit. de offic. judic.* Certe, sublato inter Prætorem & judicem pedaneum discrimine, hoc semper officio judicis inest, ut omissa suppleat, æquitati inserviat, & errantes in rectam viam deducat; justaque omnino de gravamine illato oritur conquerendi causa, quando ea in re officio deest, modo partes causam ita instruxerint, ut officio suo locum dare possit judex.

XIII.

Habent nonnunquam judices Assessores suos, quos vel in consilium adhibent, ubi de causa controversa solliciti sunt, vel quibus minimum præsentibus actus judiciales expediunt. Prius contingit eo in casu, quando Princeps integra Collegia justitiæ ordinat, cum quibus, tanquam uno corpore, jurisdictionem communicat. Et facile constat, eos non nudos consiliarios, ceu olim apud Romanos esse, sed cum judice simul justitiam administrare, sic vero judicem, iis absentibus, hos, judice absente, jus dicere posse. Posterius evenit in judiciis inferioribus, quibus alias unus tantum judex præest, certis tamen in casibus necessitate adstrictus, ut assessores adhibeat, quo negotio major fides concilietur. *

* Hi igitur assessores, utut partem de jurisdictione non ferant, nec officium judicis instruant, triplici tamen in casu ad formam judicii requiruntur, nec

 saluo

ſalvo negotio abeſſe poſſunt, 1) quando judex ſimul actuarii partes ſuſcipit & gerit, quod in juſtitiariis nobilium fieri manifeſtum eſt. Ne igitur ex unius hominis arbitrio & fide ſalus ſubditorum pendeat, aſſeſſores adhibeat, neceſſe eſt. BERGER *Oec. Jur. p.341.* 2) quando leges ſigillatim actum voluntariæ jurisdictionis, absque præſentia aſſesſorum expeditum, valere nolunt. Sic teſtamenta judicialia, domi confecta, de jure minimum Saxonico duas perſonas judiciales præſentes requirunt. 3) quando in cauſa criminali actus majoris momenti, qui ad ſubſtantialia proceſſus criminalis, vel ad convincendum reum, pertinet, expediendus eſt, v. c. litis conteſtatio, examen teſtium, confrontatio, tortura &c. vid. CONSTIT. CRIMIN. *art. 1.* BEYER *ad C C. C. art. 181.* LVDOVICI *ad art. 189. dict. Conſtit.*

XIV.

Juvat vero cauſæ cognitionem & deciſionem conſignatio ejus, quod judici a partibus proponitur, & Actorum judicialium diligens cura. Quo nomine perſona judicialis conſtituitur, a perſona judicis omnino diverſa, * quæ Actuarius vocatur. Eumque ideo merito dixeris perſonam judicialem, vel a judice ipſo, vel publica auctoritate, ** eum in finem conſtitutam, ut omnia illa, quæ in judicio peraguntur, fideliter conſignet atque curam Actorum gerat. ***

* Neceſſitatem adhibendi actuarium, qui fideliter univerſa judicii acta conſcribat, loquitur *c. 11. X. de*

de probation. eumque ideo, ne unius hominis, erroribus & corruptionibus obnoxii, fidei & arbitrio vitam, exiſtimationem, patrimonium civium committere videamur, a judice accurate diſtinguit, hac vero forma neglecta, proceſſui nullitatis vitium obeſſe, clare diſponit. Quamvis autem fieri poſſit, ut certum quendam actum judex actuario committat, imo in juſtitiariis Nobilium eveniat, ut munere judicis & actuarii ſimul fungantur, ipſum tamen non ſolum utriusque officium ſemper diverſum eſt, ſed etiam, neque priori in caſu ſoli Actuario in cauſis majoris momenti, absque præſentia perſonarum judicialium, fides habetur, neque poſteriori in caſu quicquam valet actus, a ſolo juſtitiario, ut ſupra diximus, ſuſceptus.

** Solent quidem cumprimis Principes in Præfecturis ſibi conſtitutionem Actuarii vindicare, regulariter tamen eundem effectum habet ejus conſtitutio, ab ipſo judice vel magiſtratu peracta, modo rite & légitime ſit conſtitutus, ut fides illi poſſit haberi. Nihiloſecius enim perſonis publicis recte annumerabitur *c. 11. X. de probat. c. 11. de Reſcript. in 6to.*

*** Quale ſit Actuarii officium, exponit WILDVOGEL *Diſſ. de offic. Actuarii.* Ipſi argumento de Actuariis ex aſſe ſatisfecit Illuſtr. KEMMERICH. *in Diſſ. de Proto-Not. Secret. Notar. & Actuar.*

XV.

Ut vero ea, quæ Actuarius conſignat, fide digna ſint, id generatim requiritur, ut fidem juret. * Sed neceſſitatem, ut ſimul Notarius publicus ſit, Jus Commune ignorat. **

* Quod vel ideo omitti nequit, quia ab ejus inte-

 grita-

gritate fides actorum pendet. Et consultum omnino est, fidem eum jurare, antequam munus suscipiat. Nec tamen ideo registraturæ fides denegabitur, si eam juramento corroboret. Dissentit quidem BERGER *Elect. Discept. Forens. p. 39.* quod, quæ ab initio nulla sint, tractu temporis convalidari nequeant. Sed certe, si juramentum postea accedit, registratura, ex ratificatione potius jurata, quam ex lapsu temporis, convalescit. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. cap. 2. §. 4.* Et ideo ORDIN. PROCESS. SAX. REC. *Tit. 2. §. 3.* pœnam solum pecuniariam minatur Actuario injurato, qui registraturas conficit. Cæterum sufficit, ut juret in judicio, præsentibus, quæ illud constituunt, personis judicialibus, SCHILTER. *D ss. de Secretariis*, & hoc solum constitutionem reddit vitiosam, quod privatim facta sit, WERNHER *P. 4. obs. 203.* In Saxonia vero, quod ad Actuarios in Præfecturis, & Justitiarios attinet, illi in præsentia subditorum, eum in finem convocatorum, jurent, necesse est. ORD. PROC. *Tit. 2. §. fin.* Plane, si a Commissario ad certam litem adhibeatur Actuarius, eum jurare debere iis præsentibus, quorum interest, vix dubitare poterit quisquam. Vid. KRAVSII *Tract. Synopt. Proc. in Prolegom. §. 43.*

** Nec jus Saxonicum hanc necessitatem urget, nisi in causa criminali registraturas conficiat, DECIS. ELECT. *38.* imo Actuarium militarem, quoad omnes causas habilem judicat, utut Notarius non sit. Cæterum usu invaluit, ut etiam Jure Communi in causis criminalibus Notarius adhibeatur, si Actuario hæc qualitas desit, quem tamen, ut ipsius gestis fidem habere possimus, peculiari juramento eo nomine obstringendum esse, recte monet WERNHER. *P. 5. Obs. 168.*

XVI.

XVI.

Rite vero constitutus & debitis qualitatibus præditus * omnia, quæ in judicio proponuntur, ** in ipso judicii loco, ea, qua supra diximus, ratione, *** expedire & consignare debet, nisi lex forsan vel observantia expeditionem privatam concedat. ****

* Non enim ad Actuarii officium admittendum esse, nisi qui scientia legali & practica imbutus est, atque directionem processuum aliorumque actuum judicialium probe didicit, res ipsa docet, & ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 2.* §. *1.* omnino disponit.

** Modo tamen in genere sit constitutus, nec ad certas solum caussas, fide interposita, datus sit. Hoc enim in casu, quæ officio ejus non insunt, nihilosecius gesta, fide destitui, patet.

*** Quibus addi possunt, quæ de requisitis registraturarum tradit LEYSER. *Spec. 71. med. 10.* HERTEL *Diss. de jure registraturarum.* BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. Tit. 6. not. 9.*

**** Generatim quidem actus contentiosæ jurisdictionis extra locum judicii citra vitium nullitatis expedire non potest, nisi quatenus peculiari lege reperiantur excepti, quod factum in ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 7.* §. *4.* actus vero voluntariæ jurisdictionis ad locum judicii præcise non sunt adstricti, nisi cum caussæ cognitione sint conjuncti, quippe qui ad contentiosos proxime accedunt, *L. 1.* §. *2. de offic. cons. L. 4. de offic. Prætor. L. 10. de jurisdict.* LYNCK, *in Comment. ad tit. de jurisd.* §. *5.*

XVII.

Omne demum id, quod consignatum est legitimo modo, plenam fidem habet, atque tamdiu pro vero habetur, donec probetur contrarium. *

* Quod generatim verum est, utut partes registraturæ subscripserint. An etiam, si subscriptio personarum judicialium adsit, quam non ex necessitate quidem, licet actui interesse debeant, sed in rei majorem fidem adhibere solent judices & actuarii? Non videtur excludi probatio in contrarium, cum præsumtio pro fide judiciali vincatur a veritate. Juramenti tamen delationem non admittit ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. 2.* §. *6.* Sed indicia falsitatis urget, quæ vel suppletorio vel purgatorio juramento locum facere possunt. Nec crederem, alibi id facile concedendum esse partibus, ut fidem judicialem tot personarum publicarum testimonio munitam per juramenti delationem infringere possint.

XVIII.

Absque partibus litigantibus non esse processum, per se patet. Ex illis vero, qui litigant, alter, qui persequitur in judicio, quod sibi debetur, actor, qui se defendit contra persecutionem actoris, reus vocatur. Cumque ratio processus non patiatur, ut utriusque officium in unam personam cadat, fieri tamen possit, ut in judiciis communibus uno tempore plures judicem adeant, necesse omnino est, ut res sorte dirimatur.

XIX.

XIX.

Et reus quidem coram judice conventus litem vel invitus suscipere debet, nisi actori ultro satisfacere velit, actor vero invitus ad agendum non compellitur, nisi id muneris in se receperit, vel jus aliquod prætensum ad agendum provocatus dimittere nolit. *

* Varias regulæ, quod invitus ad agendum non compellatur, limitationes suppeditat BERGER. *Oec. Jur. Lib. 1. Tit. 7.* MENCKE *Tract. Synopt. Processf. Disp. 4. §. 2. sqq.* Quæ vero ex Jure Romano afferuntur exempla ex *L. 8. in fin. de option. legat. L. 2. §. penult. & ult. ad L. Rhod. de jact. L. 13. § 30. de action. emt. vendit.* hodie vix usum præstant, cum defectus formulæ agendi hodie non operetur defectum juris agendi. Hoc certum est, non posse actoris munus declinare eum, quem officii necessitas ad agendum compellit v. c. tutor, Advocatus fisci. Deinde, quemadmodum leges certis in casibus provocare permittunt ad agendum, quando diffamatio præcessit, ita nec provocatus aliter, quam suo periculo, tacet.

XX.

Permittunt interim leges utrique partium, ut judici desideria sua & jura, quæ ad cognitionem & decisionem causæ spectant, vel ipsi, vel per tertium, exponere possint. *

* Res hæc arbitrii est regulariter, nec ideo denegandus advocatus illi, qui jurium satis peritus est. HILLIGER. *ad Donell. P. 2. Lib. 18. cap. 3. lit. 1.*

 imo

imo ad judicis officium ſpectat, ne litigantem indefenſum relinquat *L. 9. §. 5. de offic. Proconſ.* Eodem jure utuntur partes in conſtituendo procuratore. Verum hoc tamen in caſu plenius eſt arbitrium judicis, vi cujus, vel procuratorem repellere, & partium præſentiam præciſe exigere, vel ad conſtituendum procuratorem cogere poteſt. Prius nonnunquam natura negotii expediendi, quod procuratorem non admittit, poſtulat, v. c. proceſſus criminalis contra præſentem, quippe qui ex carcere reſpondere debet, proceſſus cambialis, qui perſonam ex cambio obligatam tenet, nonnunquam utilitas litigantium poſcit, ut lis citius finiatur per amicabilem compoſitionem. Poſterius recte urget judex, ad evitandas ambages & præſcindendos ſumtus litium, quibus vel impedimentum litigantis perpetuum aut diu duraturum, vel abſentia ejus a loco judicii, vel multitudo litis conſortium occaſionem dare poteſt.

XXI.

Exponunt vero partes judici partim, quæ factum, partim, quæ jus concernunt. Illius gratia Procuratorem, hujus cauſa Advocatum adhibent. Eſt enim procurator perſona a litigante ideo conſtituta, ut hujus perſonam in lite ſuſtineat, judicemque de expediendis iis, quæ ad litem inchoandam, continuandam & finiendam pertinent, tempeſtive admoneat. Advocatus vero eſt perſona, cui pars litigans expoſitionem jurium, in cauſa controverſa applicandorum, committit. Utriusque ita-

itaque officium quam maxime diversum est, & hodie adhuc in plerisque judiciis divisum, alibi vero permittitur, ut utrumque ab una persona expediatur.

XXII.

Sive vero in unam personam cadat officium Procuratoris & Advocati, sive ex observantia fori divisum sit, procurator tamen, qua talis, præcise indiget mandato. * Hoc autem, nisi a lege præsumatur, ** judici in extenso, non in charta (quod dicunt) blanca *** est exhibendum. Semel vero exhibitum non expresse solum, **** sed etiam tacite, hoc minimum in casu revocatur, quando principalis ipse comparet in judicio, & proprio nomine actus judiciales expedit absque mandatario. *****

* Anne vero tacitum mandatum sufficit? Affirmat *c. 12. X. de procurat.* Illudque ipsum eo in casu datum esse colligit, quando principalis non solus, sed comite stipatus, in judicio comparet, huncque, quod ipse expedire debebat, negotium, sciens peragere patitur. Verum in hoc mandato id singulare est, quod ad terminum illum & actum unicum in eo expediendum sit restringendum, non vero ad reliquos terminos & totum processum extendendum, sic vero judex nulliter procedat, qui postea eum procuratorem, absente principali, mandato expresso non instructum admittit. Vid. LEYSER *Spec. 53. med. 11. sq.*

** Man-

** Mandatum regulariter non præsumitur, sed in judicio producendum est *L. 8 §. 1. de procurat.* Præsumit vero ipsa lex in quibusdam personis, qui pro litigante, a quo mandatum nondum datum est, comparent, eas negotia principalis utiliter gesturas, nec ideo principalem dissensurum esse, quod ejus personam interim sustineant. Id fit, quando vel inter principalem & eum, qui illius nomine comparet, peculiaris affectio præsumi potest; quo nomine admittuntur, pater pro filio, filius pro patre, frater pro fratre *L. 40. §. fin. de procur.* socer pro genero, gener pro socero, aliique affines ad secundum usque gradum durante affinitate *L. 35. D. Eod.* in Saxonia vero, privignus solum & vitricus, socer & gener, ORDIN. PROC. VET. & RECOGN. *Tit. 7. §. 2. & 3.* maritus pro uxore: vel quando commodum & damnum ex lite ille ipse habet, qui pro alio comparet, uti consors litis *L. fin. C. de consort. lit.* MEV. *P. 3. Decis. 99.* ille, contra quem regressus ob infelicem litis exitum locum habet. Eum vero, qui documenta ad causam pertinentia profert, neque semper repelli posse, ex *c. 34. X. de offic. & potest. judic. deleg.* discimus, neque semper secure admitti posse, ex natura rei convincimur. Quare admittamus eum, sed præstita cautione, quod in progressu litis speciale & legale mandatum exhibere, vel alia ratione se ad causam legitimare velit. Vid. ORDIN. CAMER. *P. I. Tit. 21. §. 2.*

*** Ex hac enim, cum præter subscriptionem nominis quid amplius non contineat, quem in finem data sit, non apparet. Integrum igitur mandatum illi inscribatur, necesse est. CARPZOV. *P. I. Const. 1. def. 28.* STRYCK *Introd. ad Praxin Forens. cap. 10. §. 10.* Quodsi vero simul inscriptum sit chartæ, quod semper abusus evitandi causa optimo

mo consilio fit, datam esse eam mandati ergo, facilius, puto, admitti posse procuratorem, modo interim de rato caveat, nisi leges præcise repelli jubeant eum, qui charta blanca solum instructus est. Add. ENGELBRECHTI & SCHRÖDERI *Differt. de charta blanca.*

**** Nisi facultatem revocandi lex restringat, quod in Saxonia Electorali factum videmus, siquidem secund. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 7. §. 4.* judex prius de causa revocationis cognoscere debet, prudenti admodum consilio, ne vel ex intempestiva renunciatione & revocatione alteri damnum oriatur.

***** Ita habet Jus Canonicum *in c. 8. de Procur. in 6to* in Praxi approbato, BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 242.* moribus tamen nostris haut conveniente, GRIBNER. *Princip. Proc. Judic. L. b. 1. cap. 2. Sect. 3. §. 9.* & ideo in Saxonia per ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 7. §. 5.* abrogato. Extra Saxoniam consultum est, ut protestatione interposita, conservemus mandatum, qua tamen opus non est, quando principalis cum mandatario comparet.

XXIII.

Est vero mandatum ita conficiendum, ut inde appareat, quis & cui, & contra quem dederit, ut judex in eo nominetur & causa, ut, quid procurator expedire possit, ex eo constet, ut denique subscriptum & subsignatum * sit, quæ omnia, ut ex theoria nota, non moramur.

* Multas, in locis, ubi subsignatio ad formam mandati pertinet, easque nullam omnino utilitatem habentes, in eadem ipsa peragenda requirunt solennitates, & mox proprium sigillum requirunt,

mox

mox ſigillum, quod nomen ſignantis artificialiter per literarum ductus obſcuratum exhibet, rejiciunt; mox, ſi plane deſit ſigillum, adjectionem verborum: *in Ermangelung meines Petſchaffts*, neceſſario deſiderant. Quod movit legislatorem Saxonem, ut neceſſitatem ſignandi plane remitteret in ORD. PROC. RECOGN. *Tit.* 7. §. 1. Cæterum ſubſcriptionem quilibet propria manu peragat, neceſſe eſt. Quare literarum imperiti prudenti conſilio mandatum potius ad Acta ſcribi curant, quam mandatum extrajudiciale diſceptationibus exponunt.

XXIV.

Clauſula heredum * & clauſula, quæ facultatem ſubſtituendi continet, ** jure Communi in mandato eſt neceſſaria. Clauſula hypothecationis bonorum, ut & proteſtatio de mandato tacite non revocando per comparitionem perſonalem Jure Communi eſt utilis. *** Clauſula rati, grati, indemnitatis omni jure eſt ſuperflua. **** Clauſulæ cum libera præter meritum peculiarem uſum adſcribunt. *****

* Eam omitti novult *Receſſ. Imper. de anno 1654.* §. *99.* quo litis reaſſumtio ſolennis eo melius evitari poſſit. Non autem obligat heredem, ut in voluntate mandantis acquieſcat, ſed præcavet ſolum, ne ſuper litis reaſſumtione inutilis oriatur diſceptatio. Sed cum Elector Saxo, ut ſuo loco videbimus, omnem reaſſumendæ litis ſolennitatem ſuſtulerit, nec clauſulæ heredum peculiarem effe-

ctum

ctum tribuere voluit. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. 7. §. 1.*

** Hoc negabunt illi, qui ex Jure Romano didicerunt, procuratori, sigillatim post litis Contestationem, facultatem substituendi esse concessam. Verum hæc ipsa facultas est ex dominio litis, quod nostris moribus non convenit. Vid. BÖHMER. *Diss. de dominio litis* & in *Jur. Eccl. Protestant. tit. de procurator.* §. 41. *sqq.* Mandati natura, in se spectata, quia personæ industriam eligimus, non tolerat substitutionem absque consensu principalis. Saxones tamen juxta ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 7. §. 2.* eam facultatem inesse putant clausulæ generali, qua mandans mandatario ea, quæ specialis mandati sunt, committit.

*** Posterior præcavet, ne dispositio Juris Canonici supra memorata mandato ratione futuri obsit. Prior jus hypothecæ conventionalis tribuit mandatario ratione indemnitatis, si modo lex provincialis pignori conventionali effectum tribuat.

**** Hæc omnia enim jam insunt mandato, cum mandans non obligatus solum sit, ut ratihabeat gesta mandatarii, sed etiam eundem per actionem contrariam indemnem præstare debeat.

***** Eum hujus clausulæ effectum prædicant, ut vi ejus secundum *cap. 5. de procurat. in 6to.* procurator omnia ea facere possit, quæ ipse dominus, si præsens fuisset, facere, & velle facere præsumi potuisset. Indeque nec dubitant, quin actus speciales peragendi facultatem ipsi tribuant, utut nominatim mandato haut contineantur. ZIEGLER. *Introduct. ad Prax. cap. 5. §. 33.* Verum hoc facile concesserim, plus procuratorem posse, hac clausula instructum, quam eum, cui restricta solum potestas concessa est. Actus autem speciales adhuc videntur excepti, quia ob præjudicium illis cohæ-

cohærens præſumi nequit, eos principalem voluiſſe expedire. Vid. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. cap. 2. §. 6.* WERNHER. *P. 1. Obſ. 216.* Et, ſi demum hoc daremus, vi iſtius clauſulæ mandatum poſſe extendi ad actus non nominatos, qui cum nominatis habent connexitatem, non tamen inferre licebit ab actu quodam conceſſo ad alium, qui affinitatem cum illo non habet. BERGER. *P. 2. Reſp. 119.* Verbo: tutiſſimum eſt, iſtius capituli auctoritate non uti.

XXV.

Loci deinde & temporis, ſive anni, menſis & diei, mentio pro forma quidem non eſt præſcripta. * Satius tamen eſt, ut & temporis in extendendo mandato rationem habeamus, quo omnem in concurſu mandatorum de prioritate controverſiam facilius evitemus.

* Inde, utut temporis mentio non ſit injecta, mandatum tamen ſuſtineri poſſe, variis præjudiciis firmat MENCKE *Tract. Synopt. Proc. Diſp. 5. §. 6. circa fin.*

XXVI.

Quod cauſam ſpeciatim attinet, conſultum eſt, ut omnes actus majoris momenti, qui ſpeciale mandatum exigunt, * nominatim exprimamus, quia ne quidem clauſulæ cum libera inſunt. **

* Tales in genere omnes eos eſſe, qui ingens aliquod præjudicium continent, omnes uno ore fatentur. Sed dum in ſpecies eunt, mox, alios, videbis, in ea cauſa eſſe, ut ſpeciale mandatum deſiderent,

derent, ubi nullum plane periculum aderat, alios tam liberales deprehendes, ut & in actibus magni præjudicii generale mandatum admittant. Quod argumentum ex instituto prosequitur GRIEBNER. *Diss. de mandato speciali.* Quare tutius est, omnes enumerare, etiam eos, qui nullum præjudicium habent admixtum, quam quosdam omittere, qui dubiæ interpretationis sunt. Qua occasione negare non possum, placere omnino institutum quorundam judiciorum, quæ formulas mandati typis expressas asservant, ut & imperitiæ alterius, & fraudibus alterius obviam eant. Confer. interim LYNCKER. *de formis procuratoriis*, BÖHMER. *Jur. Eccles. Prot. Lib. 1. Tit. 38.*

** Paulo aliter Saxones. His enim ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 7. §. 2.* permittit, ut, postquam in mandato quosdam expresserunt actus specialis mandati, clausulam addant: *dass der Gevollmæchtigte alle Actus, die ein special Mandat erfordern, und der Principal selbst verrichten kænte oder mæchte, expediren solle*, eo effectu, ut jam reliqui etiam actus omnes tacite expressi habeantur, si discesseris a facultate transigendi super causa principali, liti & causæ renunciandi, juramenti præstationem remittendi, juramenta pro præstitis, documenta pro editis & recognitis, copias pro originalibus agnoscendi, pecuniam, præter expensas, cum effectu liberationis accipiendi. In terris Gothanis & Altenburgicis hoc singulare est, quod mandato facultas accipiendi citationes præcise inesse debeat, nec, qui ea instructus non est, satis legitimatus videatur.

XXVII.

Ulterius adhuc, si quis plures procura- D tores,

tores, quod facere poteſt, conſtituat, ſollicite caveat, ne omittat clauſulam: *ſamt und ſonders*, ad eum effectum, ut & unus absque altero actus expedire poſſit. *

* Maximopere intereſt, quibus verbis utatur mandans, qui plures procuratores ſimul conſtituit. Si quis ita conſtituit, ut alter cauſam ſuſcipiat, alter, hoc abſente vel impedito, eam curet, facile patet, alterum tanquam ſubſtitutum generalem eſſe conſiderandum. Sed ſi mandatum exhibeat pluribus, eo fine, ut omnes principaliter rem pertractent, eos vel conjunctim nominat, *zugleich*, vel conjunctim & ſeparatim, *ſamt und ſonders*. Hoc in caſu perinde eſt, ſive omnes ſimul, ſive unus, aut alter, reliquis nolentibus vel invitis, negotium conficiat. Priori in caſu vel clauſulam addidit in ſolidum, vel eam neglexit. Si hoc, alter ſine altero non admittitur *cap. 6. de Procurat. in 6to.* Sin illud, ſinguli quidem admittuntur, potior tamen eſt ratio occupantis *L. 32. D. de Procurat.* Utrumque ambages, rixas, & protelationes litis non poteſt non producere. Sic vero apparet, optime ſibi proſpicere, qui plures conjunctim & ſeparatim conſtituunt. Vid. BERGER. *Oec. Jur. Lib 4. tit. 9. th. 3. add.* EVND. *in Supplem. ad El. Diſc. For. Tom. II. p. 272.* MENCKEN. *Diſp. 5. Tit. 7. §. 5.* Verum hic denuo ORD. PROC. SAXON. *Tit. 7. §. 3.* omnem cavillandi occaſionem præſcindit, quando, pluribus procuratoribus ſimul conſtitutis, quacunque ratione id factum ſit, rem ita tamen interpretari jubet, ut ſemper ſinguli actum conficere poſſint.

XXVIII.

Procurator Univerſitatis peculiari nomine

mine Syndicus vocatur, * re ipsa tamen ab aliis procuratoribus non differt, ** adeoque etiam mandato, quod instrumentum Syndicatus vocari consuevit, debet esse instructus.

* Cave tamen cum hoc Syndico, ad certas causas, in judicio universitatis nomine expediendas, constituto, confundas eum Syndicum, qui Collegiorum & universitatum jura perpetui defensoris instar curat, inter membra magistratus refertur, & in publica dignitate vivit. Hic enim officium publicum tenet, peculiari mandato non indiget, nec, ut alius mandatarius, per contrariam voluntatem constituentis statim officium amittit. STRYCK. *Us. Mod. Dig. tit. quod cujusque univers. nomin.*

** Sic etiam, pluribus Syndicis constitutis, idem juris est, quod in pluribus procuratoribus simul datis, ceu contra ZIEGLER. *ad Lancell. Lib. 3. Tit. 3. §. 7.* evicit BÖHMER. *Jur. Eccl. Protest. tit. de Syndic.* §. 4. Cæterum sequentes tamen non sunt vilipendendæ differentiæ 1) quod voluntarie regulariter procurator constituatur, Syndicus e contrario, urgente adversario, invita universitate *L. 1. sqq. D. quod cujusque univers. nomin. L. 5. §. 7. Judic. solo.* BRVNNEM. *ad d. L. 2. quod cujusque &c.* 2) quod morte constituentium Syndici officium non expiret, quia universitas non moritur, *L. 76. de judic.*

XXIX.

Ad quod conficiendum necessario omnia universitatis membra sunt vocanda, * postea vero duæ minimum tertiæ adesse debent, qui secundum majora Syndicum

eligant. ** Utrum judiciali auctoritate, an extra judicium actum hunc expediat universitas, perinde quidem est; crederem tamen, satius esse, ut Notarius minimum publicus adhibeatur, qui actum dirigat, & instrumentum desuper conficiat. ***

* Facile enim patet, constitutionem Syndici rem esse singulorum, & cum præjudicio conjunctam. Quare ipsa convocatio ita peragenda est, ut ne pupilli quidem, minores & viduæ nesciant, quid rerum agatur. Et sic ipsa electio, ad quam vel unum membrum non est vocatum, irrita fit *c. 35. dist. 63. c. 28. pr. X. de election.* Cæterum convocationem vel ipsum universitatis membrum, vel adversarius in dubium vocat. Ibi universitas convocationem rite factam, hic adversarius, eam vitio laborare, probare debet. LEYSER *Spec. 54. med. 5. sq.* LAUTERBACH. *Diss. de Syndicis* §. 77.

** *L. 3. D. quod cujusqu. univers. L. 19. ad municip.* Quo autem electio efficaciam habeat, certe, ut qui ipsi consentire non possunt valide, tutores, curatoresque adhibeant, necesse est, Syndicus vero ipse cum instrumento Syndicatus tutoria & curatoria ad sui legitimationem exhibere debet. CARPZOV. *P. 1. Const. 13. def. 8.* BERGER. *Oec. Jur. p. 977.* MENCKEN. *Disp. 5. Tit. 7. §. 4.*

*** Certe dici nequit, quantas tale mandatum ab universitate extrajudicialiter confectum pariat lites, ratione convocationis, præsentiæ, subscriptionis, subsignationis. Quamvis enim sufficiat præsentes, qui adfuerunt, subscripsisse mandato, de quo argumento vid. CARPZOV. *P. 3. Decis. 205. Lib. 3. Resp. 9.* MENCKEN. *loc. cit.* dubium tamen manet, an convocati omnes, an duæ tertiæ adfuerint,

an

an propria manu subscripserint. Quas lites facile evitabit universitas, si vel judici convocationem relinquat, & actum electionis actis judicialibus inscribi curet, vel Notarium requirat, qui præsentibus testibus rem omnem Protocollo inserat. Dum vero judex & Notarius instrumentum & testimonium de constitutione Syndici conficit, exinde constare curet de convocatione, & nomina tam præsentium, quam absentium exprimat, quo omne de præsentia duarum tertiarum dubium tollatur. Add. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit.* 7. §. 6. Cæterum, si judex aut Notarius cum testibus ejusmodi instrumento, apposito sigillo, subscripserit, singulorum subscriptione non amplius est opus.

XXX.

Clausulam *der Nachkommen* in tali instrumento omissam ipsam electionem non vitiare, per se patet. * Nec alienus sum ab eorum opinione, qui renunciationem beneficiorum excussionis & divisionis superfluam judicant. **

* Non enim mori universitatem diximus, & ipsa universitas in uno etiam membro conservatur *L.* 7. §. 2. *quod cujusque univ. nomin.* Sic vero semper manet eadem universitas, utut successu temporis singula membra moriantur, aliis in eorum locum surrogatis. Dissentit RIVINVS *Tit.* 17. *Enunc.* 31. & CARPZOV. *P.* 1. *Const.* 13. *def.* 10. Sed iis satisfecit LEYSER *Spec.* 54. *med.* 13. Nec requirit clausulam *der Nachkommen* ORD. PROC. SAX. REC. *Tit.* 7. §. 6.

** Id facit WERNHERVS *Enunc.* 1. & 2. idque ipsum, quod res est, rationibus sat gravibus evicit. Consentit ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *cit. loc.*

XXXI.

Sicuti Procurator personam suam legitimat mandato, ita dubium non est, quin Advocatus scientia juris debeat esse instructus. * In ipsa autem expositione jurium ita versari debet, ut rem respiciat, & a conviтiis abstineat. Cæterum plus loco honorarii non exigat, quam æquum & justum est. ***

* Nolo, quas alii longa serie enumerare solent, Advocati virtutes repetere. Hoc certum est, prudentia eum debere esse instructum & peritia, sic vero scientiam, applicationem & notitiam styli Curiæ habere. *L. 4. C. de sentent. & interloc.* HVBER. *tit. de postuland.* §. *14.* Ut vero de eadem ipsa constet judici, plerisque in locis receptum est, ut eruditionis proferat testimonia, & examen publicum sustineat. Quod, quomodo fiat in Saxonia exposui *in der Einl. zum Sachs. Rechte P. 4. Ex. 3. cap. 1.* §. *30.*

** Res eo redit, ut jura partium sincero animo, atque ita, ut conscientiæ rationem habeat, fideliter, præterea modeste, & candide exponat, & ipsius causæ rationem habeat. Et optandum omnino esset, ut omnes advocati, quorum officium, si recte exercetur, insignem Reipublicæ utilitatem affert, *L. 14. C. de advocat. de judic.* a fraudibus, calumniis & convitiis abstinerent, omnique momento volverent animo aurea verba *L. 6. §. 1. C. de postul.* Sed in consuetudinem fere abiit, ut maledictionibus magis & injuriis, quam causæ, studeant Advocati. Quo nomine magistratus & honestorum virorum indignationem recte merentur. Imo & a magistratu,

ſtratu, qui cauſam pertractat, utut ratione domicilii illi non ſubſint, merito puniuntur, *L. un. pr. ſi quis jus dic. non obtemper. c. 1. de pœn. in 6to.* Add. LEYSER. *Spec. 6. ſqq.* nec, ſi injuriam verba loquuntur, opus eſt, ut Advocatus prius de iisdem reſpondeat, WERNHER *P. 7. Obſ. 207.* Cæterum ad clientis defenſionem, & ſi litium utilitas id poſcit, convitiari licet, modo tamen Advocatus vera objiciat judici vel adverſario, & ea ſolum, quæ cauſam ipſam ingrediuntur, tractet, verbisque in factum temperatis utatur. Confer. LEYSERI *Spec. 547. de convitiis Advocat. per tot.*

*** Intereſt autem, an honorarium conventione determinatum ſit, nec ne. Hoc in caſu, ſi lex ipſa certum honorario modum non præſcripſerit, judex id ipſum ex officio æſtimat. Ibi debetur, quod promiſſum eſt, quatenus lex ejusmodi conventiones non prohibet.

LIBER PRIMVS

DE

PROCESSV ORDINARIO

SECT. I.

DE SVBSTANTIALIBVS PROCESSVS

MEMBR. I.

DE IIS, QVAE FIVNT ANTE TERMINVM

CAPVT I.

DE LIBELLO.

§. I.

In omni proceſſu id primum eſt, ut controverſia inter partes ventilanda cum circumſtantiis * neceſſariis legi-

timo modo judici innotescat, idque fit ope libelli. **

* Tritissimum est illud axioma juris: Minimam circumstantiam variare adplicationem juris. Cumque libellum judici vel eum in finem offerat actor, ut secundum leges de facto judicet, certe dissimulare non poterit quicquam, quod factum controversum respicit, quodque ad decisionem litis aliquid conferre potest. Nec tamen plura immisceat, quam quae probare potest, ne probatione deficiente vel in justissima causa succumbat. Igitur Advocatus sollicitus sit, 1) ut in facto, quod judici exponendum est, sese sufficienter informet, 2) ut clientem de dicenda veritate admoneat, eumque in recensendis circumstantiis parcum, ubicunque id opus videtur, interpellet, 3) ut ex circumstantiis libello ea inferat, quae ad decisionem causae necessario pertinent, vel eam faciliorem reddunt, inutilia vero & superflua posthabeat, 4) ut certior fiat, an probatio circumstantiarum clienti suppetat, 5) ut ex probandi mediis id ipsum eligat, quod pro re nata optimum est, 6) ut denique dispiciat, quo genere actionis, si plura forsan remedia elective concurrant, experiundum sit, & quisnam procedendi modus majorem utilitatem spondeat. Nam certe, a libello fere secundus & adversus totius controversiae exitus dependet; & vel ideo circumspecte in eo perficiendo agere debet Advocatus, ne salutem clientis periculo ipse exponat.

** Utrum in scriptis libellus judici offeratur, an quis oretenus factum controversum illi exponat, nihil quidem in effectu interesse videtur. Verum enim vero vel ipsa libelli vox indicat, eum in scriptis judici esse offerendum. Quare, nisi lex

vel

vel consuetudo sigillatim permittat, ut oretenus judicis imploremus auxilium, factum controversum in scripturam est redigendum, & judici exhibendum. Verbo: in processu ordinario scriptus requiritur libellus, in caussis summariis judicem de administranda justitia implorare, atque, ut desiderium nostrum ad Acta scribi curet, rogare sufficit. Paulo aliter tamen Elector Saxo disponit, quippe qui in ORD. PROC. RECOGN. *Tit.* 5. §. 1. his subtilitatibus tantam vix tribuit efficaciam, quin judex nihilosecius libellum sine scriptura recipere, & controversiam Actis per modum registraturæ inserere possit.

II.

Est autem libellus succincta & legalis facti cujusdam controversi ab actore peracta narratio, addito congruo ex natura actionis, sive remedii, quod leges contra reum intuitu facti controversi concedunt, desumto petito speciali. * Ut simul judicem de modo procedendi, quem eligere volumus, in libello ipso certiorem reddamus, necesse haut est, sed eo nomine peculiaris etiam eidem offerri potest supplicatio. **

* Quod ita concipiendum, ut inde intentio actoris appareat, atque judici innotescat, quid a reo sibi præstari velit. Quo nomine libellus ab imploratione judicis, qua in processu summario utimur, se cumprimis distinguit, siquidem in ista imploratione sufficit, judicem in genere rogare, ut justitiam administret. Differt etiam in eo a libello criminali, in quo, cum judicis sit, pœnam statuere,

 quam

quam, causa cognita, delinquentem promeruisse deprehendit, in genere rogamus, ut pœnam reo dictitet. Cæterum, ut infra videbimus, processus ordinarius tale petitum præcise non exigit, ex quo appareat, quid quale & quantum actor petat, sed ipsum petitum secundum naturam actionis institutæ variat.

** Est supplicatio schedula peculiaris, a libello omnino diversa, quam cum libello judici exhibemus, & in qua eum rogamus, ut terminum præfigat, reumque, communicato simul libello, ad expediendum actum, quem natura processus instituti postulat, citet. Eamque, velitne actor libello inserere, an separatim offerre, ejus arbitrio relinquitur. Prius, si fit, actor ipsum libellum instar supplicationis componit, judicem honorifice alloquitur, factum proponit, deinde citationem reique responsionem urget, postremo, quid sibi præstari velit a reo, addit, judicemque, ut reum ad petita condemnet, rogat, adjecta submissione. Posteriori autem in casu judicem in supplicatione alloquitur, & ad libellum se refert, hunc vero ipsum, postquam rubricam ei præmisit, quæ nomen actoris, & rei, ut & ipsum objectum litis continet, in tertia persona ubique concipit, absque ulteriori compellatione judicis, v. c. *Kläger sagt zu Anbringung seiner Klage, wasmassen Beklagter &c.*

III.

Triplici itaque capite absolvitur libellus, facto, jure agendi, & conclusione. * Sigillatim in facti narratione requiritur, 1) ut fiat ordine, per articulos non interrupto, ** 2) ut nomen judicis, actoris & rei contineat, *** 3) ut ipsum negotium con-

controversum cum omnibus circumstantiis necessariis proponat, 4) ut litis objectum accurate definiat, **** 5) ut causam agendi contineat. *****

* Solent ideo libellum comparare syllogismo. Jus enim est instar majoris propositionis, factum minorem continet, petitum conclusionem sistit. Hoc certum est, quemlibet libellum debere esse concludentem & tali causa petendi munitum, ut petitum inde sponte sua profluat. Regulariter tamen libellum in forma Enthymematis concipere, & jus, si notorium est, omittere solent Advocati, ceu mox videbimus.

** Hoc vult *Recess. Imper. de anno 1654. §. 34. & 64.* eo effectu, ut & judex ejusmodi libellum ex officio rejicere debeat. STRYCK. *de reject. ab act. c. 2. n. 53.* Rationem prohibitionis hanc reddit BERLICH. *P. 2. Concl. 12.* ne partes tempus inutili disceptatione de admissibilitate articulorum terant, prius, quam judicium in ipsa causa principali suscipiant. Interim omnino permittitur, ut actor, si plures circumstantias libellus contineat, easdem melioris ordinis & perspicuitatis gratia numeris ab invicem distinguere, eoque ipso claram & perspicuam rei responsionem provocare possit. Quod autem articulatus libellus in accusatorio processu admitti soleat, id omnino singulare est, nec tamen ratione caret. Vid. CARPZOV. *Pr. Crim. P. 3. qu. 113. n. 22. & in Proc. tit. 6. cap. 1. n. 56.*

*** Judicis mentio vel ideo facienda est, ut & ipse & pars adversa cognoscat, utrum competens sit, nec ne. Actor, quisnam sit, rei maximopere scire interest, quo & de exceptionibus contra personam actoris dirigendis, & de firmitate judici promoven-

movenda cogitare possit. In reo denique denominando actor, quoad fieri potest, omnem evitare studeat æquivocationem, ne vel innocenti justa querendi oriatur occasio, vel nocenti, subterfugiis & cavillationibus judicium efficiendi elusorium, enascatur materies.

**** Quemadmodum in genere actoris est, ut perspicue omnia proponat, & omnem obscuritatem, etiam scripturæ & lectionis, evitet, siquidem vel hanc ob causam judex rejicere possit libellum ZAUNSCHLIFFER *de offic. judic. suppletor. P. 2. Concl. 17.* §. *1.* ita sigillatim ipsa rei natura exigit, ut omnem de objecto litis incertitudinem removeat ipse, eamque ob rem notas & indicia ejus generis suppeditet, quæ ab aliis id ipsum distinguunt, ne vel in executione nova oriatur lis. Conf. *L. 6. D. de Rei vindic.*

***** Causa agendi in genere desumitur ex jure, vi cujus contra reum experiri licet, vel ex quo actio ipsa nascitur. Illam, cum jus ipsum vel in personam, vel in rem conceptum sit, & diversos omnino effectus producat, actor silere nequit. Et in actionibus personalibus ipsum genus conventionis, ex qua alter nobis est obligatus, exprimamus, necesse est, nec in eo solo, quod nobis sit obligatus, acquiescere possumus. *L. 14.* §. *2. D. de except. rei judic. L. 159. D. de regul. jur. c. fin. X. de libell. oblat.* Verum, ne in actionibus quoque realibus in allegatione speciei juris in re subsistamus, sed præterea titulum exprimamus, ex quo v. c. dominium acquisivimus, maximam habebit utilitatem. Utut enim tum forsan deficiamus in probatione, & judex reum absolvat, via tamen ad aliam actionem, ob idem objectum ex alio a priori diverso titulo instruendam, haut erit præclusa *L. 11.* §. *2. D. de except. rei judic.* Quod secus, si generatim alle-

allegavimus jus in re, cum reo tum absoluto, actori ex nova causa agenti non possit non exceptio rei judicatæ obstare. Add. BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 15. th. 2. not. 2.*

IV.

Jus vero ipsum, ex quo causa agendi sive medium concludendi descendit, quodque decisioni litis inservit, ut simul exponamus judici, vix est necesse, modo rite promulgatum sit. Quapropter jus, quod singulare est, & a jure communi exceptionem parit, vel ideo, quia ejus existentia nunquam præsumitur, non allegandum solum, sed & omnino probandum est. *

* Vetus est regula: Curia novit jura. Indeque oleum & operam perdit, qui inutilibus deductionibus, & nimiis allegationibus studet, in re per se clara, quod & prohibet *Rec. Imper. de ann. 1654. §. 96.* Imo, ne opus quidem est, ut de observantia juris multa disputemus, cum & observantia legis præsumi soleat. WERNHER *P. 1. Obs. 316. P. 7. Obs. 250.* Verum hæc de lege rite promulgata, quæ exceptionem ignorantiæ excludit, intelligenda esse, res ipsa docet. Non igitur est dubium, quin, qui jus singulare allegat, cum subditis legitimo modo non communicatum, & in eo intentionem fundat, quæstioni præjudiciali de ejus existentia satisfacere debeat, quia ipsa existentia facti est. Sic non præsumitur existentia consuetudinis, juris statutarii, privilegii &c. Add. *cap. 1. de Const. in 6to.*

V.

V.

Dubia intentioni actoris contraria Libello inserere, eaque tanquam per anticipationem elidere, nullam habebit utilitatem, imo actori plus detrimenti afferet.* In hoc uno casu utilitatem inde provenire posse credo, quando injusta primo intuitu apparet actio, metuatque actor, ne judex eam ex officio rejiciat. **

* Præterea enim, quod eo in casu vix evitemus confusionem *L. ult.* §. *1. C. de appell. c. 15. X. de judic. c. 8. X. de exception.* facile evenire potest, ut reus jam utatur exceptionibus contra actorem, de quibus ne antea quidem cogitaverat. Deinde ipse actor se privat favore, quem habet replica, siquidem eadem ob regulam, quod actor replicando fiat reus, jure exceptionum censetur, quod fieri nequit, si libello inseritur, cujus tum pars fit, jure libelli æstimanda. Servet igitur actor ordinem processus, exhibeat libellum, expectet defensionem rei, hanc vero per replicam elidere studeat. Add. BERGER *all. loc. not. 3.*

** Sic v. c. judex exceptionem præscriptionis ex officio respicere & actorem repellere potest. Ne autem hoc faciat, utatur actor replica v. c. interpellationis, quam attendere debet judex, quamvis altioris indaginis sit. WERNHER *P. 6. Obs. 326.*

VI.

Ex medio concludendi fluit petitum. Inde vero evidens est, hoc ipsum ita esse formandum, ut conveniat speciei juris in re, vel conventionis, vi cujus contra reum

expe-

experimur, * hoc tamen temperamento adhibito, ut facti simul controversi in petito habeamus rationem.

* Nolo igitur cum aliis praecise in petito talem certitudinem requirere, quae quid, quale, & quantum specifice loquitur, & petitionem ideo generalem & alternativam plane excludit. Sed id unice respiciendum esse puto, cujusnam naturae sit actio instituta, & quatenus hoc vel illo remedio contra reum, permittente lege, uti liceat. Neque enim omnis actio petitum specificum admittit, sed mox vel ipsa natura actionis, vel legis dispositio, vel antecedens obligatio, libellum alternativum aut generalem praecise exigit. Cogites modo actionem tutelae, pro socio, hereditatis petitionem, quae generales sunt. Actio vero stupri, actio ex *L. 2. C. de rescind. vendit.* ex ipsa legis dispositione est alternativa. Et si dicendum, quod res est, alternativa petitio in se nullam habet ineptitudinem. Conf. HERTIVM *Diss. de obligat. altern.* BERGER. *Diss. de sentent. alternat.* BÖHMERI *Diss. de libell. alternat.* Exemplum de actione hypothecaria adde ex ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 5. §. 2.* Caeterum id ubique agat actor, ut in id reum condemnari urgeat, quod occasione facti controversi sibi ab eo praestari cupit. Quamvis sufficiat, eo nomine objectum litis per relationem ad facti narrationem exprimere v. c. *die libellirte Schuld, das libellirte Hauss &c.*

VII.

Clausulae, quas actor libello addere solet, non ejusdem notae sunt. Nullum plane usum praestant clausula, qua protestatur,

ſtatur, ſe actionem non per modum libelli ſolennis, ſed in vim ſimplicis narrationis propoſiturum, qua præterea proteſtatur, ſe nihil animo injuriandi adducturum, qua quævis juris beneficia, juramenti delationem, jus addendi, minuendi, murandi, corrigendi libellum ſibi reſervat, qua denique ſuperfluæ probationis onus declinat. *

* Confer. LUDOVICI *Einl. zum Civil Proc. cap. 9. §. 29. ſqq.* STRYCK. *ad Lauterbach. tit. de Edend. p. 90.* IDEM *Uſ. Mod. d. tit. §. 4. ſqq.*

VIII.

Non omni e contrario utilitate, ſi Praxin ſpectes, caret clauſula, 1) qua in poſſeſſorio proteſtamur, de iis, quæ ad petitorium ſpectare videantur, non niſi pro coloranda poſſeſſione, & pro informatione judicis adducendis, * 2) qua judicem de interpellatione rei extrajudiciali certiorem reddimus, ** 3) qua judicem imploramus, ut & acceſſionum, fructuum, uſurarum, intereſſe, damnorum & expenſarum rationem habeat. ***

* Certe, natura poſſeſſorii proceſſus pro retinenda ſummariiſſimi non tolerat allegationem jurium. Sic vero actor vel plane eandem evitet, vel, ſi tamen judici aliqua ratione de qualitate poſſeſſionis conſtare velit, proteſtationem addat, ne vel judex, quod facere poteſt, ſuper petitorio magis, quam

quam possessorio cognoscat. CARPZOV. *P. 1. Const. 26. def. 7. n. 9.* Singularis enim, utut in se non vilipendenda, opinio WERNHERI, qua *P. 4. Obs. 79.* allegationem jurium non in præjudicium actoris interpretandam, sed huic potius secundum indolem processus succurrendum esse putat, omnium calculo non approbata est. Caveat tamen etiam, qui protestatus est, ne super iisdem juribus cum adversa parte disceptet, ne vel facto i)so protestationi contraveniat. LVDOVICI *d. tr cap. 2. §. 14.*

** Præstat nempe tum utilitatem, quando quis debuit quidem sed dies solutioni non fuit præstitutus, ut jam mora in ejus detrimentum vergat, hujusque effectus sequantur. Verum fieri etiam potest, ut quis debeat quidem, sed, cum nesciat, quantum debeat, v. c. mercatori propter merces, quas diversis temporibus accepit, advocato, quod caussam ejus dixerit in judicio, ante interpellationem & denunciationem liquidi ne quidem actio nascatur. Ne itaque repellatur actor exceptione plus petitionis tempore, interpellationem utiliter allegabit, utut tum demum effectus sequi possit, si eo nomine actor probationem paratam habeat.

*** Hæc omnia enim, nisi sigillatim in conventionem sint deducta, officio judicis magis, quam ex obligatione debentur. Sic itaque fieri potest, ut judex, æquitatis non adeo studiosus, ea prætereat in sententia, & res judicata, quæ sententiam sequitur, omnem spem nobis eripiat, eadem unquam consequendi. Vid. *L. 3. C. de fruct. & lit. expens.* ibique BRVNNEMANN, FABER *in Codic. Lib. 7. tit. 18. d. 82.* CARPZOV. *P. 1. Const 31. def. 21.* Hoc certissimum est, fructus, expensas, damna, quæ non in obligatione sunt, separata actione peti non

E posse,

posse, nec contrariam BRUNNEMANNI opinionem, qua sibi *ad L. 4. C. Depos. n. 4.* placet, Praxis sequitur CARPZOV. *Lib. 2. Resp. 79.* Sed enim vero, si, quos in specie petimus fructus, &c. judex nihilosecius prætereat, nec tamen postea eos ulterius urgere licebit, si semel vires rei judicatæ obtinuerit sententia. Hanc itaque vim interpositis remediis suspensivis infringamus, necesse est. Cumque hoc & licebit, quando judex non imploratus officio nobili deest, cujus præstandi, ceu mox videbimus, jus novum necessitatem imponit, vereor, ne Praxis ex superflua clausula æstimet jus partium, quod ob omissionem ejusdem clausulæ iisdem adimi novult legis dispositio.

IX.

Majorem adhuc tribuere solent effectum clausulæ, quam vocant, salutari, qua officium judicis nobile imploramus de justitia omni meliori modo administranda. Eam enim, ceu herbam betonicam, omnia libelli vitia, solo vitio contrarietatis excepto, sanare, autumant. Sed illam ejus virtutem non esse, quam vulgo venditant, periti rerum æstimatores mecum judicant omnes. *

* Primo enim eam vitia, quæ in substantialibus libelli occurrunt, sanare posse, nemo forsan affirmabit. Si in accidentalibus vitium libello inest, ceterum de intentione actoris constat, non opus erit clausula salutari, cumprimis, quia ex formula hodie non agimus. Et sic, si forsan actor in petito, quod modum procedendi concernit, erraverit, & loco recognitionis litis contestationem, loco respon-

ſponſionis recognitionem, vel utramque ſimul petierit, id ipſi condonare poſſumus eo meliori jure, quo clarius leges judici injungunt, ut errantem in rectam viam ducat. BRVNNEMANN. *in Proc. Civil. cap. 5. n. 14.* Si denique eum nominas effectum, ut jam judex vi clauſulæ ea, quæ petere potuiſſemus, & tamen omiſimus, ſupplere debeat, vel ideo errabis, quia id judex, etiam non imploratus, ſublata ſcil. ei judicis pedanei mercenaria poteſtate, vi officii facere poteſt & facere debet. STRYCK. *Uſ. Modern. D. tit. de Edend.* §. 7. Add. IOH. SAMVEL. STRYCKII *Diſſ. de clauſula ſalutari libellor.* Quare nec in Saxonia Electorali huic clauſulæ peculiaris effectus tribuitur, ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 5.* §. *1.*

X.

Plures controverſias in uno libello ea ratione cumulare * non licet, ut plures actores ex diverſis cauſis contra unum debitorem uno libello experiantur, vel unus actor plures debitores, qui non ſunt litis conſortes, ſimul conveniat. ** Objectiva autem plurium actionum contra unum debitorem cumulatio in infinitum procedit, quousque ex iſta cumulatione confuſio in modo procedendi non eſt metuenda. ***

* Hoc caput de cumulatione plurium actionum in uno libello pertractavit BRVNNEMANN. *de action. cumulat.* BÖHMER. *in Tract. de actionib. Sect. 3. per tot.* Eſt vero concurſus actionum triplex. Primo *ſucceſſivus* v. c. poſſeſſorium & petitorium,

torium. Deinde *electivus*, quando leges ob unum factum plura concedunt remedia, quae ad idem tendunt. His in casibus cumulatio regulariter non permittitur, sed priori in casu unum remedium post alterum est movendum, posteriori in casu, alterum eligendum. Sed scimus tamen, Jus Canonicum possessorii cum petitorio permittere cumulationem, & actiones elective concessas de jure quoque Romano & secundum Praxin cumulare licet, a) quando juste ignoramus, quaenam competat. Sic v. c. hereditatis petitio cumulatur cum rei vindicatione, quando nescimus, quo titulo alter rem hereditariam possideat, STRVV *Exerc. 10. th. 51.* LEYSER. *Spec. 94. med. 2.* Sic & rei vindicatio cum actione Publiciana stare potest. STRVV. *Exerc. 11. th. 44.* WERNHER. *P. 9. obs. 23.* b) quando diversam executionem habent, v. c. actio personalis & hypothecaria contra unum debitorem, qui hypothecam possidet. Tertio concursus actionum est *cumulativus*, quando ex uno facto vel ex diverso facto ad diversa tendunt. Et haec cumulatio permittitur regulariter, ut sic actio rei persecutoria & poenalis simul admittantur v. c. actio aestimatoria in causa injuriarum, quam pro rei persecutoria habent, cum actione recantatoria, WERNHER. *P. I. obs. 111.* Eadem ratione actio mutui, venditi, locati contra unum debitorem cumulata toleratur. Caeterum cumulatio actionum, quae cumulative concurrunt, cessat, quando lex una tantum uti jubet, & actor certo scit, qua experiatur. In dubio enim & hic cumulatio permittitur, v. c. remedii civilis cum Praetorio, ordinarii cum subsidiario & extraordinario. Exempla vide apud CARPZOV. *Lib. 2. Resp. 55. n. 4.* BRVNNEMANN. *d. tr. cap. 5. §. 2.*

** Hanc cumulationem subjectivam vocant, quae omni

omni jure prohibita est, nisi plures istæ actiones numero magis, quam specie diversæ sint, quod fit, quando inter plures actores sive reos litis consortium adest, sive ex uno contractu vel delicto jus agendi pluribus contra plures oriatur. Alias, quia non potest non maxima oriri confusio, merito rejicitur cumulatio. Quodsi vero unus actor ex jure cesso, quod a pluribus consecutus est, contra unum agit, hæc cumulatio toleratur. BERGER. *El. Disc. Forens. p. 164.* KRAVS. *Tr. Synopt. Proc. Lib. I. c. 1. Sect. I.* §. 15. RIVINVS *Enunciat. 1. sqq.* *** Plures itaque causas, seu media concludendi in eodem libello cumulare, & sic unum debitorem ex diversis causis (nam de eo, quod contra unum debitorem ex eadem causa ad diversas summas agere possimus, nemo dubitat) convenire nullibi prohibetur. WERNHER *P. 3. Obs. 154.* Hoc aliquando fit, ut ad certum numerum actionum restringatur actoris arbitrium, quod in Saxon. Elect. olim usu venisse, discimus ex ORD. PROC. VET. *Tit. 5.* §. *3.* Verum id postea mutatum est in ORD. RECOGN. *d. Tit.* §. 2. nec ideo cumulationi quicquam obstat, nisi metus confusionis ex diversitate processus, quam diversæ actiones requirunt, oriatur. Quod rationi omnino convenit, quamvis fieri etiam possit, ut vi specialis privilegii nec diversitas processus cumulationem impediat. Exempla allegat GRIBNER. *Pr. Proc. Judic. lib. I. cap. I. Sect. I.* §. *2. not. d.*

XI.

Libello, rite non confecto, & omnibus numeris non absoluto, obstat generatim exceptio inepti libelli, quæ in varias iterum abit species. * Eaque a judice ex offi-

officio eſt attendenda, ne in irritum poſtea cadat ipſa cauſæ cognitio. ** Ceterum, an ſemel neglecta hæc exceptio poſt litis conteſtationem amplius urgeri adhuc poſſit, ex circumſtantiis dijudicandum eſt. ***

* Quam varia ſint libelli vitia, collige ex BASTINELLERI *Diſſ. de vitiis libelli.* Illa merito tamen diſtinxeris in ea, quæ occurrunt in ſubſtantialibus & ea, quæ adſunt in accidentalibus libelli. Hæc, quia eſſentiam rei non ingrediuntur, judex non recte ſolum negligit, ſed & officio ejus omnino convenit, ut libellum nihiloſecius ſuſtineat. GAIL. *Lib. I Obſ. 56. n. 9.* BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap. 3. n. 14.* Idque juſſit ſigillatim Elector Saxo ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 5.* §. *1.* Illa judex tolerare nequit, ſed libellum vel ſtatim, vel in prima minima ſententia rejicere, & in Saxonia actorem in expenſas condemnare, eique & advocato mulctam dictare, ſive vero ſuſtineat, ſive rejiciat libellum, rationes decidendi adjicere debet. d. ORD. RECOGN. *Tit. 5.* §. *3.*

** Inde apparet, peccare maxime judices, qui in iis, quæ ad officium ſpectant, parci, diſceptationem ſuper ineptitudine libelli, quæ in oculos tamen incurrit, partibus relinquere ſolent, cum hæc negligentia non poſſit non alteram partem manibus ſumtibus onerare. Quid, quod fieri poſſit, ut pars ipſa libellum in ſe ineptum abſque cenſura dimittat, ſic vero maximo litigantium damno intempeſtive olim de ineptitudine lis moveatur.

*** Quamvis enim exceptiones dilatoriæ, ut ſuo loco videbimus, ante Litis Conteſtationem ſint opponendæ, excipiuntur tamen illæ, quæ ad integri-

tatem

tatem judicii ſpectant, *c. 4. in fin. de procurator.* Nec facile quisquam negabit, ineptitudinem libelli vere talem non poſſe non ineptam litis conteſtationem, ineptam probationem, & ineptam ſententiam poſt ſe trahere. Sic vero omiſſa inepti libelli exceptio, vel oppoſita quidem, ſed a judice neglecta, poſtea nihiloſecius admittenda, imo ex officio ſupplenda erit, ſi vitium libelli ipſam cauſæ deciſionem impediat. Cæterum hoc in caſu novult ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 5. §. 4.* proceſſum ab ovo repeti, ſed judici injungit, ut ſtatim defectum ſuppleat, partibus, ſi id opus, probationem & reprobationem injungat, & actorem, cujus culpa hic maxime deprehenditur, in expenſas condemnet.

XII.

Quod ſi libellus rite compoſitus judici offertur, jam curare ille deberet ex officio, ut actor, quæ ex ſua parte ad firmitatem judicii conferre debet, ſtatim expediret, cautionem pro expenſis præſtaret, illeque, qui procuratorio nomine judicem de aperiendo proceſſu implorat, legitimationem exhiberet, maxime cum eo nomine ipſius judicis interſit, ne judicium fiat eluſorium. Sed hæc omnia plerumque negligunt, & diſceptationibus partium relinquunt.

XIII.

Præterea ſuper oblatione libelli conficienda eſt regiſtratura, quam vocant, præ-

sentationis; * eaque nunquam negligenda, quotiescunque partes scripturam ad causam controversam pertinentem judici exhibent, cum scire expediat, quo quisque tempore judicem in causa controversa adierit. **

* Hanc requisitis, quam aliæ registraturæ ad formam sui postulant, debere esse munitam nemo non videt, cum vel ideo, quia plus simplici vice integritas actuum judicialium a temporis lapsu pendet, fides huic registraturæ concilianda sit. Sed fert usus fori, ut, omissa etiam subscriptione actuarii, temporis solum oblationis mentionem faciant. v. c. *præsentirt d. 30ten August 1737.*

** Dixi nempe, temporis præprimis rationem habendam esse, quando partes coram judice desideria exponunt. Ut enim ipsa actio tempestive est instituenda, antequam præscriptione extinguitur, ita quilibet fere actus, causæ cognitioni & decisioni inserviens, certum habet terminum, a lege vel judice præscriptum, quem accurate respicere debent partes, ne vel condemnatio in expensas sequatur, vel pœna contumaciæ quoad actum ipsum expediendum locum sibi vindicet.

XIV.

Libellum denique judici oblatum & receptum citra periculum Jure Communi, quousque sententia definitiva nondum est lata, emendare licet. * Mutatio libelli, quæ fit per modum renunciationis litis prioris, substituta in ejus locum nova actione, omni tempore procedit, ante

quam

quam ex ſententia definitiva pars altera jus quæſitum obtinuit, ut tamen ſimul indemnem præſtet actor partem adverſam. ** Mutatio vero libelli accidentalis usque ad Litis Conteſtationem permittitur. ***

* Emendare libellum eſt, ambiguam orationem declarare, errorem in accidentalibus corrigere, obſcuritatem tollere. Et hactenus nemini præjudicium infertur, ordo proceſſus non turbatur, omnia ſalva manent. Quare ad certum fatale emendatio non eſt adſtricta. CARPZOV. *Pr. Conſt. 11. def. 12.* Sed ſecundum ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 5.* §. *9.* emendatio fieri poteſt, usque dum litem conteſtamur, aut probationem ſuſcipimus, aut ad juramenti præſtationem accedimus.

** Hæc mutatio dicitur ſubſtantialis, & fit, quando vel aliud objectum litis in locum prioris ſurrogamus, vel ad aliam petendi cauſam confugimus. Novam hic inſtrui actionem, nemo non videt. Non itaque ſimul ſtare poteſt prior actio, ſed eidem vel tacite renunciamus. Ergo hoc omni tempore, niſi res judicata jus novam actionem inſtituendi excludat, & ſic etiam aliquando poſt rem judicatam, ſi reum non in genere abſolverit judex, peragere poſſumus. Nec refragatur ORDIN. PROC. SAX. REC. *Tit. 5.* §. *9.* Quia vero nova actio eo nomine neceſſario inſtituenda eſt, quæ novam litis conteſtationem exigit, actorem reo expenſas, quas ob priorem actionem erogavit, reſtituere debere, ipſa æquitas loquitur. BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 15. th. 2. not. 6.*

*** Contingit hæc mutatio, vel in modo agendi vel in modo probandi. Et hic quidem in diver-

fas Doctores, quod ad terminum mutationis attinet, abeunt sententias, quas vide apud WERNHER. *P. I. Obs. 141.* Verum cum per litis contestationem jus reo oriatur, ut actorem actionis institutæ intuitu quasi obligatum habeat, merito post litis contestationem ejusmodi variatio actori denegatur. Add. STRYCK. *Us. Modern. tit. de Edend. §. 20.* BERGER. *El. Disc. Forens. p. 176. sqq.* Præterea facile patet post litis contestationem, si variatio contingat, nova responsione opus esse, quare non alia ratione actori eadem ipsa variatio concedi potest, quam si indemnem præstet prius reum. Ita etiam disponit ORD. PROC. REC. *Tit. 5. §. 9.*

CAPUT II.

DE CITATIONE.

I.

Libellum sequitur rei responsio. Hæc vero, quo rite expediatur, prærequirit citationem. * Cui usus fori ** jungit notificationem ad actorem de citatione emissa, quo & hic de iis expediendis sollicitus esse possit, quæ ab eo secundum naturam cujusvis actus judicialis peragenda lex postulat. ***

* Duplex in genere citationis est finis, alter, ut citatus actum, quem ordo processus requirit, expediat, alter, ut eo nomine deliberare & se præparare possit. Et vel ideo, citra vitium nullitatis, omitti nequit, quia contra inauditum nihil est statuendum. Sic vero, utut in modo citandi diversitas esse possit, in omni processu, etiam arbitrario, & summario, est adhibenda, *Clement. sæpe de verb. signif.*

signif. etiamsi citandus eo ipso momento, quo alter citationem impetrat, in judicio præsens sit. STRVV. *Exerc.* 5. *th.* 10.

** Ergo non pertinet ad essentiam processus. Sed id jam in officio ejus, qui alterum citari petit, continetur, ut se ipsum, quid judex eo nomine statuerit, informet. Quod, si non facit, culpæ & desidiæ reus est, & sic damnum, si quod inde habet, sibi imputare debet. Ipsa autem ratio, quare judex notificationem non facile negligit, procul dubio inde repetenda est, quia ipsa citatio sumtibus impetrantis peragitur. Cum itaque citationis rationem non habeat, sequitur, quod omissa processum non vitiet, BERGER. *Oec. Jur. Lib.* 4. *tit.* 16. *th.* 2. *not.* 3. quodque adhibita exceptionem tamen angusti termini, & non rite factæ insinuationis, excludat. GRIBNER. *Princ. Proc. Lib. I. cap. I. Sect.* 2. §. 5. Limitationes, quod Saxoniam Elect. attinet, vide in KRAVSII *Tract. Synopt. Proc. Lib. I. cap. I. Sect.* 2. §. 4. Et de jure Saxonico novissimo primi minimum termini intuitu in omni processu videtur necessaria, cum velit ORD. PROC. RECOGN. *Tit.* 1. §. 1. ut & actori & reo sub comminatione mulctæ injungatur præsentia, ad effectum promovendæ amicabilis compositionis. Quæ tamen ita accipienda sunt, ut ne plane deficere possit notificatio, cæterum citationis jure non æstimatur.

*** Eo itaque nomine impetranti vel, ut in Saxonia, peculiaris schedula, stylo a citatione diversa exhiberi, vel, secundum usum fori communis, exemplum citationis tradi solet. NICOLAI *Proc. cap.* 3. *n.* 74. Ibi judex impetrantem certiorem reddit, quod citationem decreverit, & citando expeditionem actus injunxerit, idque, quomodo factum sit, sigillatim refert, demum impetrantem simul

mul monet, ut & ipse officii sui memor sit, & quid in termino ipsi expediendum incumbit, rite peragat. Hic vero simplex citationis copia cum eo communicatur.

II.

Est autem citatio in genere legitima & causæ in judicium deductæ conveniens, * citandi, publica auctoritate ** suscepta, eique rite insinuata vocatio, ut aliquid vel in certo eum in finem præstituto termino, vel intra certum spatium *** expediat. Sigillatim prima, quæ libellum sequitur citatio, responsionem **** reo injungit, ipsique simul, plerumque tacite, ***** facultatem deliberandi, velitne cedere, hoc est, vel sponte præstare, quod actor petiit, vel transactione litem sopire, ****** an potius contendere, relinquit.

* In varias, quod ad modum citandi attinet, citationem abire species, res tritissima, judicis vero officio inest, ut eam eligat, quæ causæ in judicium deductæ convenit. Realis in causa civili locum non habet, nisi quis vel expresse vel tacite, ut in causis cambialibus, ad carcerem se obligaverit. Verbalem itaque, dum adhibemus, pro conditione personæ & qualitate causæ mox viva voce, mox interveniente scriptura, citamus, imo etiam citationem non nisi obsignatam, inscripto titulo honoris, citando insinuari curamus. Qua in re multum datur Stylo Curiæ. Publica denique utimur in subsidium, quando privata vel impossibilis, vel difficilis est, vid. BRVNNEMANN. *Proc. Civil. cap. 3.*

cap. 3. STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap.* 4.

** A judice nempe, qui vel ratione personæ citandi, vel ratione causæ in judicium deductæ competens est, & potestatem statuendi de controversiis legitime obtinuit. Ratio ex supra dictis est repetenda. Unde miror, hodie dari interpretes, qui necessitatem, Romanis impositam, veniam impetrandi prius, quam in jus vocarent, quibus reverentiam debebant, ad nostra fora trahunt, cum nemo non sciat, ipsam hujus dispositionis rationem a privata & ignominiosa vocatione in jus derivandam esse.

*** In foro Juris Communis citatum non semper onerant necessitate comparendi, quod ibi partes in scriptis jura deducere, & actus judiciales expedire soleant. Nec ideo certum diem, sed spatium potius congruum præfigunt, intra quod citatus officio satisfaciat. Non tamen ignorant modum, comparitionem ad certum diem adstringendi, eoque vel ex arbitrio, vel ex necessitate, si actus citandi præsentiam præcise exigit, utuntur, cum in Saxonia citationibus semper certus dies insit. In effectu tamen nil interest, ut suo loco videbimus.

**** Quam vocem nostro idiomate varie, & secundum naturam processus instituti, exprimere solent. In ordinario processu vocem *Kriegs-Befestigung*, in summario vocem *Antwort*, adhibemus, in executivo recognitionem injungimus. Vox *Einlassung* omni processui convenit, sed vox *Antwort* summario tantum. Vid. WERNHER. *P.6. Obs.388.*

***** Quod ipsum a Stylo Curiæ & observantia judiciorum dependet. Injungunt aliquando judices reo, alternative, *dass er Klagern klaglos stellen, oder, dafern er etwas erhebliches zuerinnern habe, solches binnen gewisser Frist (oder in Termino) beybringen solle.* Quodsi tamen judex terminum

minum simpliciter præstituerit, reo, quippe qui invitus ad judicium non trahitur, libera adhuc manet facultas, actori quacunque ratione satisfaciendi. In Saxonia tamen Electorali illi, qui juribus pauperum fruuntur, litem non nisi judicialiter transactione finire possunt. ORD. PROC. REC. *Tit. 1. §. 14.*

****** Eamque transactionem judex ubique ex officio promovere, nec partes, antequam amicabilem compositionem tentavisset, ad disceptationem causæ ablegare deberet. Sed hoc, si a foris Saxonici juris discesseris, ubique fere negligitur. In Saxonia judex nominatim eo simul dirigit citationem, ut partes in termino primo ad transigendum instructæ compareant. ORD. PR. RECOGN. *Tit. 1. §. 1.*

III.

Citatio itaque, cum publica auctoritate fieri debeat, facile patet, judicem causæ neminem ex partibus litigantibus, quæ ejus jurisdictionem non agnoscit, * immediate vocare posse ad judicium. Mediata itaque citatione tum opus est. Quam ea ratione peragit judex causæ, ut vel citationem non obsignatam ** litteris requisitorialibus includat, & judicem citati ordinarium in subsidium juris *** roget, velit curare, ut citatio rite insinuetur, vel in memoratis literis judicem ordinarium de termino præfixo certiorem reddit, & eum de citatione concipienda & insinuanda

da implorat. In utroque vero casu sibi testimonium factæ insinuationis Actis causæ inserendum expetit **** & demum promissum addit, se in pari causa paria referre velle. *****

* Facile itaque patet, Principem, ejusque judicia in causis, quæ vel ab initio coram iis ventilantur, vel postea ad ea devolvuntur, irrequisito judice inferiori, subditos evocare, quia ipse judex inferior jurisdictionem ex concessione Principis exercet. FRANZKIVS *Lib. 1. Resol. 16.* BERLICH. *P. 1. Decis. 19.* Add. tamen LVDOVICI *Einl. zum Civil-Proc. cap. 10.* §. *14.* Idque ad Commissarios a Principe datos recte extendit WERNHER. *P. 1. Obs. 233.* Consistoria tamen in Saxonia immediate non citant cives oppidanos & subditos nobilium, WERNHER. *P. 6. Obs. 451.* add. quæ dixi *in der Einl. zum Sæchs. Recht P. 4. Ex. 3. cap. 1.* §. *17.*

** Quod vel ideo necesse, ut judex requisitus sciat, an causa citationis ad cognitionem judicis requirentis spectet, anne hic magis jurisdictioni judicis ordinarii præjudicium inferat. Deinde requisitus judex non semper est obligatus, ut citatum sistat coram judice causæ, sed, nisi vel lex vel conventio requisitum necessitate onerat, comparitionem injungendi subdito jurisdictionali in alio judicio, ipse requisitus judex actum expediendum v. c. examen testium, dirigere potest.

*** Hæc formula essentiam literarum requisitorialium constituit, nec ideo omitti potest, ne alias judex requirens necessitatem aliquam, citatum sistendi, judici requisito imponere velle videatur. Consistoria autem in Saxonia, quando mediate citant, hanc clausulam omittunt. Vid. WERNHER. *P. 6. Obs. 451.*

**** Vo-

**** Vocant *ein Recepisse, einen Recognitions-Schein.* Eo indiget judex causæ, quo omne, de insinuatione citationis rite facta, dubium tollatur, cum citatio non rite insinuata ad comparendum non obliget. Præterea pars, quæ citationem impetrat, si desit tale testimonium, emanentis contumaciam cum effectu accusare non potest. Continet vero confessionem de acceptis literis requisitorialibus, & de modo insinuationis. Nonnunquam eo nomine duplex exhibetur testimonium. Solent etiam judices requisiti literas responsorias dare ad judicem requirentem, eumque de insinuatione facta certiorem reddere.

***** Quæ clausula efficit, ut literas requisitoriales etiam literas mutui compassus vocare soleamus, Formula est: *wie nun dieses, (die gebetene Insinuation) zu Beförderung der Justiz gereiche, so wolle man in dergleichen Fällen dergleichen zu thun nicht ermangeln.* Add. de literis requisitorialibus MARTINI *in Proc. Saxon. Tit. 4. in rubr. n. 54. sqq.* SCHULZII *Diss. de citatione subsidiaria.*

IV.

Lex ad citationis firmitatem requirit, ut contineat 1) nomen judicis, quo citandus de ejus competentia judicare possit, 2) nomen actoris, ut appareat, an citatio ad instantiam sit decreta, & cum quo lis suscipienda, 3) citandi, ut sciat, se esse, cui lis immineat, 4) causam, ne præparationem citando adimamus, 5) actum expediendum, quo deliberatio salva sit, velitne eum peragere citandus, & quomodo, 6) lo-

6) locum comparitionis, quia tutus esse debet, 7) terminum, sive spatium, 8) tempus conceptionis, ut sciamus, an spatium deliberandi integrum concessum sit, 9) subscriptionem judicis. Quæ omnia ex theoria nota sunt.

V.

Quod si plures rei citandi sint, qui jure universitatis gaudent, in citatione sufficit, nomen collectivum exprimere. Sin singuli sint correi, eorum nomina viritim exprimantur, necesse est. * Hoc tamen in casu judex, quo litium ambagibus obviam eat, injungat simul citatis, ut de Procuratore constituendo sint solliciti, qui sequentes citationes recipiendi facultatem habeat. **

* Non itaque sufficit hic nomen collectivum, *Erben, Litis Consorten*, etiamsi correi alias eodem nomine secundum loquendi usum venire soleant, v. Jc. *Hüfner, Cossæthen.* Interim non opus est, ut unicuique peculiaris citatio insinuetur, sed una solum citatio conficitur, atque ejus tergo nomina citandorum inscribuntur, qui deinde viritim factam insinuationem addito præsentato confiteri solent. Optimum consilium est, ut judex citationem concipi curet in forma patente, *Patentsweise*, citandosque in genere de præsentationis & insinuationis tempore adjiciendo, & subscriptione nominis corroborando, admoneat. Ut vero id eo

F com-

commodius peragere possint, singula citandorum nomina post finem citationis exprimat, certis intervallis distincta, quæ vel ipsorum confessionem, vel nuntii relationem de facta insinuatione, capere possunt. Citatio enim uni solum insinuata effectum non habet. WERNHER. *P. 8. Obs. 302.* In Saxonia tamen, si ex cohæredibus alter prædium hereditarium omnibus commune possidet, huic citatio insinuari potest, qui deinde coheredes submulcta 5. Imperialium de termino certiores reddere debet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 2.* §. *2.* ZIEGLER. *ad d. loc. Ordin. Veter.*

** Idque judex in Saxonia in prima statim citatione pluribus litis consortibus injungere debet, mulctamque in casum contraventionis dictare potest. *d.* ORD. RECOGN. *d. loc.* §. *3.* Facile tamen patet, quemvis judicem, ubicunque locorum sit, vel ideo id consilii capere, & contra negligentes non mulctam solum, sed & comminationem decernere posse, *dass er entstehenden falls einen Procuratorem ex officio bestellen würde*, quia ad officium judicis spectat, ut litium ambages præscindat.

VI.

Causa controversa citationi omnino est inserenda, quo reus, qui judicium suscipere vult, se præparare, & de exceptionibus sollicitus esse possit. * Quod, ut eo melius fiat, libellus cum accessoriis, vel illud scriptum, quod citationi occasionem dedit, in copia cum citato communicari solet. Nonnunquam tamen judex, omissa communicatione, contenta exhibiti, quod citationem præcedit, per compen-

dium

dium recitat, & ad citandi notitiam perfert. **

* Intellige hic causam civilem & ordinariam, & generatim eam, ubi periculum non adest, citatum, si causa innotescat, salutem in fuga quæsiturum. In criminali itaque causa, ubi judex ex officio procedit, sollicite cavere solet, ne citandus de causa certior fiat. Dissimulat etiam causam cambialem. Causas quoque arbitrario processu finiendas, quia ne scripta quidem citatione in iis utimur, sed orali, cum citando non communicamus.

** Minus tamen recte, si a causis injuriarum, quæ in Saxonia per modum denunciationis expediuntur, *nach Rüge-art*, discesseris. In his enim sufficit, reum citari *zur Vernehmung*, qua de re plura dixit WERNHER. *P. 5. Obs. 122. & Vol. VII. Suppl. p. 602.* Add. *Einl. zum Sachs. Rechte P. 3. Sect. 3. Ex. 6. th. 14.* Si regulam spectes, *Recess. Imper. de anno 1654. §. 34.* cui Jus Saxonicum convenit, jubet, ut copia libelli, literarumque petitoriarum citationi adjiciatur. Vid. CARPZOV. *P. 1. C. 2. def. 27. n. 2.* Quod ratione non caret. Citati enim interest, ut formalia libelli, aliorumque exhibitorum dijudicet, quod fieri nequit, si copiam judex citationi non addit.

VII.

Terminus, sive dies comparitionis, ne in diem feriatum incidat, omnino est præcavendum. Terminus enim juridicus sit, necesse est. Imo citatio, sive in feriis divinis concepta & decreta sit, sive comparitionem & expeditionem actus ad diem feriatum vel divinum vel humanum adstrin-

ſtringat, nullum omnino effectum habet. *

* GAIL. *Lib. 1. Obſ. 52.* CARPZOV. *Jurisprud. Conſ. def. 250.* WERNHER. *P. 1. Obſ. 235. P. 7. Obſ. 205.* Si feriæ poſt inſinuatam citationem inopinato incidant, ſequenti quidem die citandum comparere debere putant STRYCK. *Uſ. Mod. Dig. Tit. de in jus voc.* §. *10.* Procul dubio tamen melius facit judex, qui novam citationem decernit. Qua tamen non opus eſt, ſi citationis a ſummis Imperii Tribunalibus decretæ terminus in diem feriatum incidat, cumprimis, quia nominatim citationibus inſerere ſolent clauſulam; *heiſchen und laden euch, daſs ihr den &c. oder, daferne dieſes kein Gerichts-Tag ſeyn ſolte, den darauf folgenden Tag erſcheinet.* In Saxonia Elector. ſecundum ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 2.* §. *3.* & *Tit. 11.* §. *3.* feriarum humanarum, exceptis feriis ſationum & meſſium, in cauſis ruſticorum, & feriis nundinarum in cauſis mercatorum, nulla amplius habetur ratio. Ubi tamen ferias reſpicere fas eſt, judex utriusque partis ferias attendere debet. FRANZK. *ad tit. de fer. n. 27.* LAVTERBACH. *Colleg. theoret. Pract. tit. eod.* §. *24.* STRYCK. *Uſ. Modern. d. tit.* §. *5.*

VIII.

Inter inſinuationem citationis & terminum comparitionis, vel expeditionem actus, ſufficiens citato concedendum eſt ſpatium deliberandi, quo exceptionem termini nimis anguſti excludamus. Ipſum ſpatium variat. Hoc certum eſt, id ipſum, ſi lex præſcribit, * præciſe ſervare debere judi-

judicem, nec coangustare posse. Sin lex taceat, judicis est, prudens in concedendo spatio adhibere arbitrium.

* In Saxonia cum Electorali tum communi regula est generalis, omnem citationem, quæ sub comminatione, in vim peremtoriæ, emittitur, & præjudicium intuitu actus expediendi continet, spatium Saxonicum continere debere. Vid. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 4. §. 1.* Coarctato itaque hoc spatio, pœna contumaciæ locum non habet, nisi lex judici actu positivo concedat facultatem, terminum pro arbitrio præfigendi. Quid Jure Camerali usu veniat, vid. in *Recess. Imper. de anno 1654. §. 36.*

IX.

Actus, in die termini, vel intra spatium præstitutum, expediendus, vel ideo specifice exprimendus est, quia ejus causa citatio unice emittitur. Solet autem prima citatio, quousque leges peculiare quid non disponunt, intuitu actus expediendi plerumque dilatoria esse, & hanc, si citatus contumax sit, sequitur peremtoria. *

* Duplicis generis, quod ad actum expediendum attinet, sunt citationes. Nonnullæ monitoriæ tantum, quæ, cum in favorem citati solum concipiantur, comparendi necessitatem non imponunt, sed citati arbitrio relinquunt, velitne actui interesse. Et ideo, si emaneat, actus ipse, modo altera pars adsit, non suspenditur. STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. 4. §. 5.* Aliæ comparendi necessitate onerant, & emanentem gravant,

 vel

vel restitutione expensarum, si dilatoriæ, vel amissione juris expediendi actum injunctum, si peremtoriæ fuerint. Jure Communi peremtoriæ nota est, quando vel spatium triplicatum continet, vel tertia vice citatio repetitur. MEVIVS *P. I. Decis. 258.* STRVV. *Exerc. 5. §. 12.* Triplex enim spatium citato præcise concedendum est, ut amissio actus expediendi sequatur. Et eatenus non requiritur, ut comminatio expressis verbis citationi insit. Quod si vero primæ vel secundæ citationi illum effectum conciliare velit judex, comminationem nominatim addat, necesse est. In Saxonia communi duplex solum spatium citato conceditur, & altera citatio præjudicium intuitu causæ infert. In Saxonia Electorali prima statim citatio est peremtoria, & comminationem continet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 4. §. 1.* Quod & in Ducatu Gothano & Altenburgico noviter statutum est.

X.

Citatio rite concepta citando rite & legitime insinuanda est. Alias enim necessitatem comparendi non imponit. Fit autem insinuatio 1) sumtibus impetrantis,* 2) per nuntium juratum, cui fides habetur plena de iis, quæ de insinuatione ad Acta refert, ** 3) illi ipsi, cui in judicio aliquid expediendum injungitur, *** & quidem regulariter in faciem, in subsidium demum ad domum, **** 4) loco conveniente. ***** De facta insinuatione nuncius refert, hanc vero relationem

cum

cum omnibus circumſtantiis actuarius conſignare ſolet. ******

* Quam ob rem aliquando Ordinationes proceſſuales impetranti injungunt, ut ſumtus ſub pœna deſertionis ante inſinuationem exſolvat intra certum ſpatium.

** Non quidem præciſe nuntius juratus requiritur, ſed adhiberi etiam poteſt homo privatus. LVDOVICI *Einl. zum Civil-Proc. cap. 10.* §. *18. ſqq.* Quia vero multum intereſt, ut ſciat pars altera, an rite inſinuata ſit citatio, quo, quia eadem ipſa in facto conſiſtit, probationem ſuſcipere poſſit, quando inſinuatio impugnatur; conſultius omnino eſt, ut juratam adhibeat judex perſonam, cui fides haberi poſſit. Et habetur relationi nuncii jurati omnino tamdiu fides, donec probetur contrarium, GAIL. *Lib. 1. Obſ. 54. n. 4.* de iis tamen ſolum, quæ ratione officii refert CARPZOV. *in Proc. tit. 7. art. 1. n. 69.* cum e contrario homo privatus, lite de inſinuatione mota, relationem prius jurejurando firmare debeat. MENCKE. *in Proc. Diſp. 4.* §. *10.*

*** Hoc, quomodo fiat, ſi plures litis conſortes adſint, jam diximus. Quod ſi vero univerſitas vel Collegium citandum ſit, inſinuatio fit illis, qui univerſitatem repræſentant. Vid. MENCKEN. *d. l.* GRIBNER. *Princ. Proc. lib. 1. cap. 1. Sect. 2.* §. *7.* Add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 4.* §. *2. ſeqq.*

**** Inſinuatio enim ad domum eſt ſubſidiaria ſolum, nec locum habet, ſi citandus copiam ſui facit. MEVIVS *P. 4. Deciſ. 337.* LEYSER. *Spec. 32. med. 4.* Imo facta ad domum præjudicium non infert citato, ſi juramento corroborare poſſit, quod domeſtici eum de citationis inſinuatione certiorem

haut reddiderint. GRIBNER. *d. l.* §. *9.* Fit autem insinuatio ad domum triplici ratione 1) domesticis, id est, iis, qui in convictu citati sunt, & sub eo, tanquam familiæ capite, vivunt. ORDIN. CAMER. *P. 1. Tit. 38. n. 16.* Si vero nec hi copiam sui faciant, 2) in ipsam domum, quam citandus inhabitat. WERNHER. *P. 1. Obs. 285.* In subsidium denique 3) in domum, quam alteri locavit, si conductori hypotheca cum clausula constituti possessorii competat. BERGER. *El. Disc. Forens. P. 67. sqq. & supplement. P. 2. p. 1712.* Add. WERNHER. *P. 6. Obs. 435.*

***** Id est, in loco, ubi domicilium habet. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. p. 89.* Utrum vero die feriato insinuetur, an die juridico, perinde est. GAIL. *lib. 1. Obs. 53. n. 7.* WERNHER. *P. 1. Obs. 234.*

****** Ita quidem, ut constet, quis, cui, ubi & quando citationem insinuaverit. Sin unum ex his desit, fidem non habet registratura, utut fateatur citatus, se accepisse citationem. WERNHER. *P. 6. Obs. 298. P. 5. Obs. 110. & 233. P. 8. Obs. 449.* Sin citatus Recepisse solum dederit, id absque recognitione non probat, nisi nuncius juratus de insinuatione simul fidem faciat. Vid. STREIT. & USLEBER. *Differtt. de Recepisse.* Ceterum, quia ista registratura probationis gratia solum actis inscribitur, ea deficiente, citatio ideo non statim fit irrita & nulla, sed tum demum non valebit, si aliunde legitime facta probari nequeat. LEYSER. *Spec. 31. med. 5.* Imo in foro Juris Communis vix unquam ejusmodi registratura Actis inseritur, sed nuncius juratus de facta insinuatione testimonium inscribit exemplo citationis, quod impetranti loco notificationis traditur, idque impetrans tum demum actis inseri curat, quando contumaciæ citatum accusat, vel lis de insinuatione oritur. Quo fit,

fit, ut sæpius per integra Acta & citationem & testimonium de insinuatione frustra quæsiveris. Hoc tamen non obstante præsumitur, citationem legitime conceptam & insinuatam esse, quousque inter partes lis ea de re non oritur.

XI.

Quodsi igitur judex hæc de citatione dicta exacte non observaverit, citatio neque necessitate comparendi onerat, neque emanentem contumaciæ reum facit.* Imo, quando ex vitiosa citatione uni alterive partium damnum oriatur, æquitas ipsa jubet, ut judex eo nomine indemnitatem læso præstet. **

* Quid vero, si compareat citatus, non obstante vitio citationis, anne tum convalescit citatio? Affirmat GAIL. *Lib. I. Obs. 58.* SWENDENDÖRFFER *ad Fibig. p. 145.* Quod tamen intelligas de casu, quando citatus vitium non urget, & exceptionem debito modo non opponit. Utut enim aliis subterfugiis utatur, recte tamen contra eum judex decernit. RIVINUS *Tit. 10. Enunc. 3.* Sed, qui comparet & v. c. exceptionem feriarum, angusti termini, urget, juri suo excipiendi per comparitionem solam non videtur renunciasse, MARTINI *in Proc. tit. 4. §. 1. n. 167. sqq.* BERGER. *Elect. Disc. For. Tit. 10. not. 3. Obs. 2. & Elect. Proc. Prov. §. 33.* WERNHER. *P. 1. Obs. 346. P. 7. Obs. 64.* LEYSER. *Spec. 32. med. 4.* Præterea tamen, ut noceat omissa exceptio, ipse principalis eam dissimulet, necesse est, cum per comparitionem procuratoris vitium non purgetur. WERNHER. *P. 6. Obs. 364.* Nec credo, quicquam interesse, sive vitium in con-

ceptione, ſive in inſinuatione citationis occurrat.

** Ita clare diſponit ORDIN. PROC. SAXON. *Tit.* 4. §. 4. Quod, cum in æquitate nitatur, quin ad omnia judicia ſit extendendum, non dubito. Optimum igitur conſilium eſt, ut judex ipſe, quando vitium deprehendit, tempeſtive novam citationem emittat. Imo ſuaderem illi ipſi, qui citationem impetravit, ut, quando, citationem ob vitium cohærens effectu deſtitutam iri, ſentit, judicem de novo termino præfigendo admoneret, ne vel ipſe poſtea, ubi de contumacia emanentis punienda ſermo eſt, incaſſum laboraret.

MEMBRVM II.

DE IIS,

QVAE FIVNT IN PRIMO TERMINO

CAPVT I.

DE CONTVMACIA ACTORIS VEL REI VEL VTRIVSQVE PARTIS.

§. I.

In termino præfixo, ut partes compareant, vel hæ intra ſpatium præſtitutum actum expediant, utque judex & actuarius copiam ſui faciant, omnino neceſſe eſt. Alias, ſi neuter adſit, nihil agitur, & judice abſente, actus judicialis, partibus licet præſentibus, ſuſcipi nequit. * Utraque etiam parte abſente judex nihil ſtatuit, ſed terminus dicitur circumductus. **

* Quo nomine, quin judex partibus de damno reſpondere debeat, nullum eſt dubium. Quamvis enim

enim de damno lis oriri non possit, quando utraque pars emanet, quia tum dolus cum dolo compensatur, fieri tamen potest, ut, si alteri præsenti judex sui copiam non faciat, illamque, ne emanentis contumaciam accuset, impediat, occasio enascatur, justas querelas de mora judicis movendi. Add. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. p. 154.*

** Cujus effectus est, ut, citatio præcedens omni destituatur effectu, si discesseris ab actibus, quorum expeditio utraque parte absente suscipi potest, v. c. inrotulatio actorum, in Sax. Elect. publicatio sententiæ, quæ in contumaciam utriusque partis fieri potest. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 34. §. 5.* Alios itaque actus, quod attinet, eorum intuitu, neque contumaciæ pœna locum habet, neque sententia condemnatoria, aut comminatoria ferri potest, neque litis pendentia inducitur, MENCKE. *Disp. 6. tit. 10. §. 3.* sed judex expectat, donec alter litigantium denuo instet, & novam citationem urgeat. Add. WILDVOGEL *Diss. de termino circumducto.* cumprimis, quia adhuc ignorat judex, anne partes forsan transactione litem sopiverint. Quæ tamen, cum merito accipienda sint de contumaciæ pœna, quæ ad jus partium spectat, ad pœnam publicam, quam judex emanentibus minatus est, extendi nequeunt, forsan si comparitionem, quod in Saxonia Electorali fit, sub comminatione mulctæ injunxerit, cum hic sufficiat, partes judici obsequium denegasse, nec causam absentiæ allegasse, ORD. PROC. SAX. REC. *tit. 1. §. 4. & tit. 4. §. 6.*

II.

Judex itaque forsan impeditus, partes de eo impedimento tempestive admoneat, & terminum, emissa nova citatione, prorogет.*

roget. * Eadem ratione pars impedita Judici impedimentum tempeſtive exponat, &, ſi mores judiciorum id poſtulant, id ipſum ſummariter demonſtret, ** generatim vero partem adverſam ea de re certiorem fieri curet. ***

* Fit itaque prorogatio vel ex officio, vel ad inſtantiam partis, atque in aſſignati & nondum elapſi termini ulteriori extenſione conſiſtit. GAIL. *Lib. 1. Obſ. 91.* Atque vel ideo, quod ſpatium deliberativum non coarctetur, ſed extendatur, neceſſe non eſt, ut terminus prorogatus integrum ſpatium contineat. BERGER. *El. Diſc. Forenſ. p. 65.* Add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *tit. 4.* §. *1.*

** Legitimum eſſe debet ipſum impedimentum, quo in argumento tamen plus datur prudenti judicis arbitrio, quam legis diſpoſitioni. Imo Jure Communi vix dubitant, quin ſola allegatio impedimenti admittenda ſit ad effectum prorogandi termini, & plus ſimplici vice prorogatio concedi poſſit; Saxones vero una tantum vice eam permittunt, nec absque ſummaria demonſtratione dare ſolent. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 4.* §. *5.* Quod ratione non caret. Vix enim ille, qui ſæpius moram facit, ſuſpicionem calumniæ evitabit. Et cui impedimentum perpetuum aut diu duraturum enaſcitur, ille tamen per procuratorem agere poteſt, & actum expedire. Sed cautus ſit ille, qui judicem de prorogando termino imploravit, ne probatio conceſſæ prorogationis deſit. Urgeat judicem, ut ſe de concedenda vel deneganda prorogatione declaret. Si denegat, ne terminus currat, remediis legitimis utatur. MEV. *P. 1. Deciſ. 135.* Æquior enim eſt ſententia, ut, licet appellatio in-

ter-

terpoſita forſan rejiciatur, nihiloſecius nova citatione opus ſit, & pœna contumaciæ intuitu ipſius cauſæ principalis locum non habeat. MENCKEN. *ad Proc.-Diſp. 6. tit. 10.* §. *3.* quamvis aliter diſponat Elect. Saxo in ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 4.* §. *5.* & judici, ut, rejecta appellatione, pœnam contumaciæ dictitet, injungat.

*** Tempeſtive itaque, id eſt, nondum elapſo priori ſpatio, prorogatio eſt poſtulanda, & ante terminum parti adverſæ ſimul denuncianda, ne vel judex in ea concedenda difficilis ſit, vel pars adverſa, prorogationis petitæ ignara, ſumtus impendat termini cauſa. Certe, licet judex eam intempeſtive poſtulatam conceſſerit, non liberabit tamen impetrantem a reſtitutione expenſarum, ſi quas fecerit pars adverſa. Quod tamen accipias velim de caſu, ſi impedimentum extiterit tempeſtive, cum culpa jam imputari poſſit illi, qui prorogationem intempeſtive poſtulavit. Sin inopinato exiſtat, caſui fortuito damnum erit annumerandum, & fundamentum præſtandæ indemnitatis ceſſabit.

III.

Deficientibus itaque impedimentis, * vel iis ſummarie non demonſtratis, partes, ne in pœnam contumaciæ incurrant, citationi morem gerere, & ea, quæ cuivis expedienda incumbunt, ſuſcipere debent legitime. ** Ipſa vero contumaciæ pœna duplex eſt, altera generalis, qua omnis contumacia cujuscunque generis coerceri ſolet, quæque in reſtitutione expenſarum conſiſtit, *** altera ſpecialis, quæ præjudi-

judicium ratione actus non expediti infert, **** & citationem peremtoriam sive comminatoriam præsupponit.

* Quid vero, si impedimentum inopinato existat, nec tantum temporis spatium supersit, ut de prorogando termino sollicitus esse possit impeditus, anne tum cessabit contumaciæ pœna? Permittit Elector Saxo in ORD. PROC. REC. *Tit.4.* §.5. ut, qui videbatur contumax, impedimenta adhuc post sententiam, super contumacia latam, si modo remedio legitimo vires rei judicatæ suspendat, deducere, seque a pœna contumaciæ liberare possit, ut tamen simul priori citationi morem brevi manu gerat, eaque, quæ expedienda olim injungebantur, jam peragat. Quod jus commune attinet, non dubito, quin in genere contumacia cesset, ejusque pœna, etiam quoad expensas termini. RIVIN. *Tit.10.Enunc. 39.* si quis, se legitima eaque inopinata impedimenta habuisse, & ideo neque in dolo neque in culpa fuisse, MEVIUS *P.8. Decis.438.* summarie demonstrare possit. Quo nomine vel testimonia injurata a personis fide dignis exarata exhibere, vel jurejurando impedimentum confirmare sufficit. CARPZOV. *P.1. c.9. def.10.* MENCKE. *Disp. 6. tit.10.* §. 11.

** Triplex enim est contumacia. Altera committitur ab eo, qui plane non comparet. Altera ab eo, qui non expedit, quod injunctum erat. Tertia denique ab eo, qui legitime comparere, vel actum expedire negligit. In effectu nulla est diversitatis ratio.

*** Fieri tamen potest, ut, qui ob contumaciam expensarum restitutione gravatus est, nec tamen eas tempestive restituit, per indirectum intuitu causæ ipsius sibi præjudicium inferat. Nota enim est

L. 15.

L. 15. C. de judic. vi cujus & judici & parti adversæ permittitur, ut ante expensarum restitutionem, etiamsi ex diversa causa debeantur, CARPZOV. *P. 3. Resp. 30. n. 22. sqq.* WERNHER. *P. 5. Obs. 146.* illum, qui eas debet, in judicio & ad Acta non admittat; quo nomine ille, qui expensarum intuitu jus quæsitum habet, protestari solet, *dass Gegentheil, ehe und bevor von ihm die Expensen erleget worden, zu fernern Verfahren oder ad Acta nicht zugelassen werde.* BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 22. §. 3. not. 7.* Nisi itaque solvat, qui sub præjudicio citatus est, sibi imputet, quod contumax intuitu ipsius causæ habeatur, ita quidem, ut ne restitutione quidem in integrum adjuvetur. LEYSER. *Spec. 82. med. 1. sq.* Vera enim contumacia a restitutione in integrum excludit *L. 26. §. 6. fin. Lex quib. caus. major.* Ut tamen pœnam incurrat, requiritur 1) expensarum intuitu rem judicatam adesse. 2) liquidas esse easdem, 3) injunctam esse earum solutionem.

**** Inter utramque speciem maximam esse differentiam, res ipsa docet. Cumque posterior gravi damno afficiat contumacem, mitior judex esse solet in ea condonanda, quam, ubi de restitutione expensarum sermo tantum est. Hanc enim pœnam nemo facile evitabit, nisi se omnis culpæ inscium doceat. Priorem vero per fatuam etiam causam excusare potest contumax, & docere, dolum abfuisse, eamque ob rem ad clausulam Prætoris generalem confugere. Ita regulam, vi cujus fatuam causam a dolo & contumacia excusare dicunt, recte explicat LEYSER. *Spec. 33. med. 1.*

IV.

Contumax tamen non dicitur, nec pœnam meretur, nisi qui spatium deliberatorium

rium integrum legitime concessum, * vel totum, si certus præstitutus est terminus, ** præterlabi patitur diem juridicum. Dies vero juridicus tum censetur finitus, quando tempus effluxit, per quod ex observantia judiciorum judex copiam sui facere & justitiam administrare solet, *** vel quod lex citato salvum esse jubet. ****

* Facile itaque patet, omnia citationum vitia, sive in conceptione, sive in insinuatione occurrant, a pœna contumaciæ, sive non comparendo, sive actus expeditionem negligendo, committatur, liberare. Sigillatim exceptio termini angusti graviter obstat, ne contumaciæ reum judicemus citatum, quod argumentum supra jam tetigimus.

** Qua occasione obiter moneo, vocem termini duplicem admittere significationem. Vel enim ipsum diem comparitionis denotat, vel integrum spatium a lege vel judice concessum, intra quod illi, qui comparet, actum expediendum absolvere licet. Sic fieri potest, ut ille quidem, qui in die termini non comparet, contumax sit, nec tamen ille, qui comparet, & actum expediendum in die termini non expedit, contumaciæ pœnam incurrat, si modo non plane sileat, sed ad actum, cujus causa terminus præstitutus est, sese accingat, ejus absolutionem vero in tempus, quod residuum est, differat. Quæ observatio cumprimis in Saxonia magnam habebit utilitatem, ubi moris est, ut partes super actu expediendo mutuis positionibus v. c. intra septem vel 14. diebus absolvendis, *von Mund aus in die Feder in abgewechselten Satzen* disceptent. Hoc enim, si fit, primam positionem in die termini ad Acta dictare sufficit, ipsa autem v. c. litis

litis conteſtatio, recognitio, intra ſpatium termini & in ſecunda poſitione adhuc peragi poteſt.

*** Cum itaque tota, ex Practicorum communi ſuffragio, citato dies cedat, peculiarem effectum non habebit clauſula citationi inſerta, qua comparitio injungitur *bey rechter früher Tages-Z it.* Hanc clauſulam enim non de die naturali accipiendam eſſe, nec obligare, ut quis horis matutinis compareat, facile patet. Id jubet, ut citatus tempeſtive compareat. Præterea nec ille, cui certa diei hora pro termino præſtituta eſt, & qui tamen poſt eam, quousque dies juridicus nondum elapſus eſt, comparet, contumax erit. WERNHER. *P. I. Obſ. 195.* Igitur citato & horæ pomeridianæ proſunt, modo judicia aperta ſint, & judex tum copiam ſui facere ſoleat. Qua in re obſervantiæ fori ſtandum eſt. Alibi poſt meridiem jus non redditur, alibi dies juridicus usque ad horam quartam, alibi usque ad horam ſextam pomeridianam currit. BERGER. *El. Diſc. Forenſ. Tit. 4. Obſ. 6. n. 1.* STRYCK *Introd. ad Prax. cap. 4. §. 14.* Quodſi quis ad terminum, generaliter citationi inſertum, citatus: *Er ſolle auf den 14. Tag nach der Inſinuation erſcheinen*, dies inſinuationis non connumeratur, ſed terminus a ſequenti die currit. GAIL. *Lib. 1. Obſ. 48. n. 13.*

**** Sic in Saxonia publicatio ſententiæ peragitur horis antemeridianis, ita ut contumax ſit, qui horam XII. præterlabi patitur. Eadem ratione per univerſam Germaniam ille, qui ad juramenti præſtationem citatus eſt, & ante horam XII. ſe in judicio non ſiſtit, pro contumace habetur.

V.

Præterea parti, quæ emanentis contumaciam

maciam in suos usus convertere, atque ex pœna lucrum quærere cupit, incumbit, 1) ut prius, ex sua parte, officio satisfaciat, &, quæ secundum naturam actus expediendi peragenda sunt, suscipiat, * ne vel ipsa contumax videatur, sic vero alteri compensandi dolum cum dolo, culpam cum culpa, jus oriatur. Igitur in primo termino actor etiam, in judiciis, ubi id opus est, guarandam ** præstare, & ejus procurator legitimationem exhibere debet, 2) ut emanentis contumaciam solenniter accuset. *** Contumacia enim non accusata non nocet, & ante accusationem alter moram adhuc purgare potest.

* Plures dari actus in judicio, ad quos perficiendos utraque pars conferre debeat, experientia docet. Sic terminus agnitionis documentorum irritus est, nisi, qui impetravit citationem, documenta prius in originali producat. Terminus etiam juratorius, quando juramentum delatum est, deferentem oneri præstandi juramentum calumniæ subjicit. Quodsi igitur impetrans in termino ad actum aliquid conferre tenetur, ille hac in parte negligens frustra citati contumaciam accusabit. Anne itaque actor obligatus erit, ut in primo termino libellum repetat? Ita videtur GRIBNERO *in Princ. Proc. Jud. Lib. 1. cap. 2. Sect. 2. §. 1. lit. a.* Verum, ut ipsa illa repetitio, Jure Communi incognita, in Saxonia ex usu fori solum sustineatur, quamvis

is in se spectata superflua omnino sit, & dubium
.e actoris intentione, litem continuandi, oriri ne-
queat, si præsens est; ita noluit Elector Saxo in
ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 10.* §. 2. omissam li-
belli repetitionem reo prodesse. Formalia enim
absque lege non sunt fingenda.

Guarandæ olim apud majores, qui, ut Romani,
ex concepta formula agere solebant, insignis usus
erat. Vid. JVS PROV. SAXON. *Lib. 2. art. 15.*
Consistit ea in promissione actoris, stipulata manu
peracta, de præstanda actionis tam præsentis, quam
futuræ evictione, ob idem litis objectum motæ.
Igitur ne actor quidem ipse libellum mutare pot-
est, neque in substantialibus, neque in accidentali-
bus. Eamque ad causas solum ordinarii proces-
sus adstringunt, RIVINVS *Tit. 12. En. 4.* MEN-
CKEN. *in Proc. ad Tit. 20.* §. 2. ad summarias ex-
tendunt alii, vid. WERNHER. *P. 1. Obs. 126.* add.
BERGER. *El. Proc. matrim.* §. 21. Sed, si rationes
rite subduxeris, facile deprehendes, tuto nos pos-
se carere guarandæ præstatione. Neque enim
impedit mutationem libelli, si actor reum in-
demnem præstet de expensis, neque jus tertii &
interventionem excludit, & reipsa inanem subti-
litatem complectitur. Imo in foro Juris Com-
munis, ne cognita quidem, & in Saxonia Elector.
per ORD. PROC. REC. *Tit. 12.* recte abrogata est.

** Quo nomine impetrans 1) docere solet, citato
citationem rite esse insinuatam, quippe quod fun-
damentum contumaciæ merito dicitur. CARPZOV.
P. 1. Const. 9. def. 16. Et Saxones quidem, quibus
solenne est, ut registratura insinuationis Actis in-
feratur, ad eam provocant. In foro Juris Com-
munis vero impetrans exemplum citationis, quod
adhuc sibi servavit, cum relatione nuncii produ-
cit, & contumaciæ accusationi addit, 2) ipsam con-

G 2 tuma-

tumaciæ accusationem solenniter & formaliter adjicit. 3) Judicem rogat, ut jam contra contumacem decernat pœnam, quam in se provocavit secundum naturam actus expediendi. Hoc petitum ita concipiendum esse putat MEVIUS *P. 3. decis. 390.* ut nominatim judici innotescat, quo modo impetrans contra contumacem procedi velit. Igitur generalem contumaciæ accusationem non admittit. Sed docet LEYSER. *in Corollar. 1. ad spec. 34.* nihil obesse, ne judex nihilosecius contra contumacem procedat, &, quæ petere omisit alter, ex officio suppleat.

VI.

Ut super contumaciæ accusatione altera pars prius audiatur, &, quomodo jam procedendum sit, per peculiarem sententiam decernatur, vix videtur necesse, sed judex, quia ex Actis jam constare debet de ipsa contumacia, post ejus accusationem novam statim emittere potest citationem comminatoriam, maxime, cum eo ipso facultas emanenti non adimatur, legitima in posterum allegandi impedimenta, & se a pœna contumaciæ liberandi. * Quodsi tamen contra contumacem ad citationem peremtoriam quid statuendum est, crederem ego, audiendum esse prius contumacem, vel sententiam concipiendam & publicandam, cum re ipsa in causa principali præjudicium inferat, & vim definitivæ habeat. **

* Nam,

Vam, aut veram contumaciam commisit ema-
:ns, aut speciem contumacis præ se fert. Priori
casu non opus est ambagibus, cum vere con-
maci beneficia juris non prosint. Posteriori in
su præjudicium non sentit, cum adhuc purgare
)ssit moram in secundo termino. Ergo admis-
› ejus, qui emanet, ad procedendum super ac-
sata contumacia, & sententiæ interlocutoriæ
nceptio protelat litem præter necessitatem. Qua-
nec Elector Saxo in ORD. PROC. REC. *Tit. 10.*
5. ejusmodi disceptationes admittit, quamvis
huc in Saxonia usu veniat, ut judex post accu-
:ionem contumaciæ prius novam citationem
mminatoriam vix emittat, quam super ipsa ac-
satione contumaciæ sententia lata sit, & vires
judicatæ obtinuerit. Ante eam vero moram
huc purgari posse, Doctores statuunt. RICH-
:R. *Vol. 2. Consf. 209. n. 2.* Verum secundum
lum curiæ in foro Juris Communis judex abs-
e ambage novam citationem emittit, quod ad
licem, qui nomine principis ius dicit, restringit
RGER. *Elect. Distept. Forens. p.323. P.2.p.1760.*
;enere fieri posse negat LEYSER. *Spec. 277. med.2.*
Qui enim ad peremtoriam citationem est con-
nax, vel actum, quem expedire poterat, amittit,
causam ipsam perdit. Grave in utroque ca-
patitur damnum. Præstat igitur, quatenus du-
ım adhuc est, an re ipsa contumax fuerit, eum
lire prius, aut sententiam ferre rite publican-
n, quam rem mera interlocutione terminare.
d. MEVIVM *P. 8. Decis. 289.* Quod tamen
im accipias de termino, qui non præcise lega-
est, & officium judicis admittit, utut peremto-
; sit, v. c. probatorius. Spatium enim a lege
præstitutum, ut absolute observetur, omnem
:itutionem, si semel elapsum, excludit.

VII.

Sigillatim reus ante Litis Conteſtationem actoris contumaciam ita accuſat, ut roget judicem, velit ille ab inſtantia abſolvere reum, cautionem de proſequenda lite actori injungere, & hunc in expenſas ſimul condemnare. Sin denuo contumax ſit actor, recte reus urget abſolutionem ab actione. * Optimum vero conſilium eſt, ut reus judicem imploret, velit ille actori continuationem litis ſub pœna deſertionis injungere. **

* Abſolutio ab actione actoris jus contra reum in perpetuum excludit, abſolutio ab inſtantia ejus arbitrio permittit, an denuo actioni inhærere, & novam citationem impetrare velit. Vox enim inſtantia in ſenſu mere Grammatico hoc loco ſumitur, cum alias inſtantia, in ſenſu juridico ſumta, cauſæ, ad alium judicem devolutæ, ulteriorem diſceptationem involvat. Interim actor, qui denuo inſtat, expenſas refundere prius debet. CARPZOV. *Lib 3. Diſp. 30.* imo & jus reo oritur expenſas ſtatim vi rei judicatæ petendi. Cautio vero de lite proſequenda tacitam continet conditionem, ſi actor de novo agat, ſic vero, antequam inſtet, fruſtra exigitur. WERNHER. *P. 2. Obſ. 437.*

** Id, exiſtimarem, ubivis locorum rei arbitrio relinquendum eſſe, utrum hac ratione actoris contumaciam coerceri velit. Nonnunquam tamen præciſe hunc modum contumaciam accuſandi adhibere debet, cumprimis in Saxonia Electorali. Jubet enim ORDIN. PROC. REC. *tit. 10. §. 5.* ut actor contumax expenſas refundat, & judex eum

ad

l instantiam rei de actione sub pœna desertionis rosequenda admoneat.

VII.

)ptimus contra reum ante Litis Con-ationem contumacem procedendi mo-. est, quando actor, eum in expensas demnari, urget, & responsionem ad :llum sub pœna confessi & convicti ei-n injungi rogat. * In quibusdam ta-n Saxoniæ judiciis, ut &, quod pro-um desertionis & bannitorium attinet, Saxonia Electorali, actor petit a judice, reum ad legitima impedimenta con-nnet. ** In foro juris Communis a-r rogat, ut lis pro negative contesta-habeatur, atque copia, probationem entionis offerendi, concedatur. ***

Vid. omnino LEYSERVM *Spec.33. med.7.* Atque ic modus, qui non expensarum solum intuitu, sed itione totius etiam causæ insignia secum fert com-ioda, in Saxonia, si a causis exceptis discesseris, usu eceptus est. Imo in Electoratu judex eodem utitur x officio, dum primam citationem decernit, atque ctori occasionem suppeditat, ut vel judicem de :o in primo termino contumace, in præjudicium lud condemnando, implorare possit.

Quo modo accusandi, qui utitur, emanentem n primo termino in expensas condemnari & sub œno contumaciæ *bey Straff Ungehorsams biss uf Ehehafften* citari petit. Denuo contumacem i legitima impedimenta condemnari rogat, adhi-ita formula: *dass er seine Ansprüche an Beklag-'n biss auf Ehehafft und behelfliche wiederrede*

 erstan-

erstanden, & citationem sub pœna executionis *bey Straff Ungehorsams biss auf die hülffe* decernendam urget. Tertia vice contumacem hac formula accusat: *dass er seine Ansprüche biss auf die hülffe erstanden*, & sententiam secundum petita libelli concipiendam provocat. Quæ tum etiam sequitur, & reus causa cadit. Caveat vero, qui hunc modum contra reum procedendi adhibet, ne vel petito de condemnatione in legitima impedimenta petitum de condemnatione in expensas addat, vel etiam alternative ad legitima impedimenta aut expensas petitum dirigat. In utroque enim casu judex mitiorem eligit sententiam, & expensarum solum restitutionem injungit. MENCKEN *ad Proc. Disp. 6. Tit. 10. §. 10.* NICOLAI *P. 1. cap. 34. n. 15.* Præterea in legitima impedimenta condemnatus, si in termino noviter præfixo doceat, se legitima habuisse impedimenta, (quod summaria demonstratione peragit,) & simul citationi morem legitime gerat, ne de prioris quidem termini expensis tenetur. RIVINVS *Tit. 10. Enunc. 39.* adde CARPZOV. *Proc. Tit. 8. art. 2.* Incommoda hujus remedii vid. apud BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 333.* In processu desertionis & bannitorio tamen ideo majorem utilitatem, quam alias præstat, habere videtur, quia in utroque casu probabile est, reum non compariturum, add. CARPZOV. *Jurispr. Eccles. Lib. 3. def. 61.*

*** Hic tamen modus, si ullus, tædiosissimus est, & actori plus damni affert, quam reo. Reus enim exceptionibus quidem privatur, sed reprobationem tamen, quatenus in probatione contrarii ejus, quod in probationem deductum est, consistit, non amittit. Præterea actor jam subit onus probandi fundamentum actionis, eoque ipso, cum omnia libelli

ɔelli capita ficte negata censeantur, difficultatibus ıvolvitur, quas effugisset, si reus contumax non iisset, evidenti indicio, lite pro negative con-ſtata habita, actorem pœna majori, quam ipsum ;um contamucem, affici.

VIII.

Contumaciam vero unius alteriusve tis, quam post Litis Contestationem ımittit, ita accusare semper expedit, utilitas inde ratione actus, quem cita- expedire debebat, in comparentem undet. Pro diversitate enim actuum icialium variat præjudicium, quod anens in se provocat. Potest tamen ım reus, si lubet, in contumaciam a-ris judici probationem exceptionum erre, & ab eo, ut super meritis causæ ;noscat, petere. Quamvis facile sit ;nitu, reum hoc oneris præter neces-ıtem subire, cum, si actori probatio uncta sit, nec tamen ille probet, reus e ambage absolvendus sit.

IX.

Demum in genere, ubi de contumacia ercenda sermo est, ad naturam pro-sus instituti juvat respicere. Modus m procedendi diversus diversum ex te actoris vel rei emanentis producit

præjudicium, quod mox in pœna præclusi, mox in pœna liquidi, mox in pœna perpetui silentii &c. consistit, quo de argumento infra in Libro secundo plura dicemus.

CAPUT II.

DE

COMPARITIONE PARTIUM LEGITIMA

I.

PArtes in termino comparere debere, si pœnam contumaciæ evitare velint, ex prioribus constat. Utrum cum Procuratore, an per procuratorem, an absque eo compareant, perinde est, modo id agant, ut comparitio legitime & ita fiat, ut firmum ubique & stabile sit judicium, nec ob vitium illegitimæ comparitionis, quod gestum est, corruat. Eoque nomine idem est, plane non comparere, & non legitime comparere, nec minus hic, quam ibi, contumaciæ pœna locum habebit.

II.

Procuratore igitur, qui utitur eo fine, ut vices ejus in judicio gerat, eum mandato

to instruat, ipseque Procurator, ut per-
iam suam ceu supra diximus, legiti-
et prius, quam quicquam expediat,
mnino necesse est, cum omnia illa, quæ
sque mandato expedivit, nullitate la-
rent. *

Non quidem excluditur ratihabitio subsequens, summodo id fiat re adhuc integra. MENCKE *Disput.* 5. §. 15. Nec usus fori semper refragatur, quin Procurator adhuc mandatum exhibere possit post susceptionem actus ante conclusionem n causa. Quemadmodum vero illo in casu, præsertim, si nulla ratione de voluntate principalis constet, sat periculosum sit, procuratorem admittere, ita nec posteriori in casu procurator, qui de mandato tempestive non cogitat, desidiæ & negligentiæ notam evitabit. Quare maxime audo providentiam legislatorum, qui vel procuratorem, mandato non instructum, plane repelli ubent, vel minimum desidiam procuratoris pœna pecuniaria coërcent. Apte hanc in rem Legislator Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit.* 7. §. 1. disponit, procuratorem, qui libellum exhibet, statim, qui postea constituitur, in ipso die termini legitimationem exhibere debere.

III.

Præterea interest, utrum ad mandan-
n ipsa causa principaliter spectet, an
erius nomine, permittente lege,
andet v. c. tutor, syndicus, ipse pro-
rator, dum substituit. Hoc enim
casu mandatarius personam mandan-
dantis

dantis simul legitimare & ideo Tutoria, Curatoria, Instrumentum Syndicatus addere debet mandato suo. Idem juris est, si persona litigans principalis sola mandare non possit, sed eo nomine directorem negotiorum adhibere debeat, qui in mandatum consentiat.

IV.

Quod si mandatum quidem producat procurator, in substantialibus rite confectum, vitiosum tamen in accidentalibus, aut, quod ad actum expediendum attinet, insufficiens, procurator, præstita cautione rati, admittitur. * Ipsa cautio rati ab eo, qui bona immobilia non possidet, realiter perficienda est. **

* Si de rato non caverit Procurator, potest tamen pars principalis ipsa rata habere, quæ a Procuratore, sufficienti mandato non instructo, gesta sunt. Jure tamen civili id ante sententiam definitivam fiat, necesse est. Postea non aliter, quam in sui præjudicium principalis rata habere potest falsi procuratoris gesta. FRANZKIVS *ad tit. de Procurat. n. 28.* De jure Saxonico olim varie distinguebant, ut videre est apud ZIEGLERVM *ad Ord. Proc. Saxon. tit. 7.* & WERNHER. *P. V. Obs. 257.* Sed ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 7. §. 7.* ratihabitionem ad eum restringit casum, si defectum legitimationis neque pars adversa neque judex detexerit. Post accusatam contumaciam, vel latam super contumacia sententiam, plane cessat

cessat ratihabitio, maxime, si de fatali neglecto sermo sit.

** Per fidejussores nimirum & pignora, quibus, dum judicialiter cavendum est, hodie promiscue utimur. Possessor bonorum immobilium nuda promissione eam peragit, imo ne hæc quidem semper requiritur, sed sola possessio sufficit. Stipulatione certe, cujus rationem nostrates feliciter ignorant, non videtur opus, nec oblatione de hypotheca, quam requirit BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 235.* Sed Saxones non stipulationem solum, verum etiam oblationem hypothecæ, & præterea registraturam, super hoc actu confectam, requirunt, quamvis necessitatem consensus judicialis in hypothecam remittant ZIEGLER *d. l.* WERNHER. *h. l. Obs. 354.*

V.

Non tamen ejusmodi cautio rati locum sibi vindicat, quando actus expediendus speciale mandatum desiderat. Nec principalem ad ratihabendum præcise obligat, nec cautionem judicatam solvi implicite continet, sed hunc unum effectum habet, ut procurator, si ratihabitio secuta non fuerit, præstare debeat id, quod interest. *

* Omnem litem de effectu cautionis exponit WERNHER *P. 1. Obs. 147.* atque posteriorem sententiam rationibus & judicatis confirmat. Nec habeo, quod addam, nisi hoc unum, judicem curare debere, ut certam quantitatem statim denominet loco interesse, ne postea nova lis de eo, quod interest, oriatur, utque potius, non secuta ratiha-

ratihabitione cautio absque ambage in commissum cadat. Et hanc legem judicibus in Saxonia dictam esse, ex ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 7. §. 3.* constat.

VI.

Nonnunquam procurator vel absens, vel alia ratione impeditus, ipse actum expedire nequit. Substituto igitur opus est, qui vices procuratoris gerat. Hunc vel nominat ipse principalis, dum mandat, eumque Procuratori tanquam vicarium adjungit, vel procurator constituit, & quidem denuo vel ex voluntate principalis, qui facultatem substituendi concessit, vel jure suo, vi dominii litis. * Quid vero possit substitutus, ex instrumento substitutionis dijudicandum est. Clausula generalis; *daß der Affter Anwald alles dasjenige thun möge, was der Procurator vermöge der Vollmacht hätte verrichten können*, id efficit, ut eandem, quam ipse Procurator, habeat potestatem.

* Multum interest, utrum ex consensu principalis generali vel speciali quis Procuratori substituatur, an Procurator suo jure substituat, quod vi dominii litis eum facere posse, ex *L. 23. C. de Procurat.* constat. Nec refragatur Jus Canonicum & Jus Imperii *c. 1. de Procurat. in 6to Rec. Imper. de anno 1507. tit. 35. §. 7.* add. KRAUSII *Tract. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 2. Sect. 4. §. 25.* Priori enim in casu actus, quem expedit substitutus, periculo

riculo principalis est, praeterea substitutio morte Procuratoris ex voluntate principalis substituentis non expirat. Quae secus se habent, si Procurator jure suo substituit.

VII.

Si porro, quibus jura principalem absentem in judicio ex praesumto mandato defendere permittunt, admitti cupiunt, procuratorem expresse constitutum non adesse praesupponitur, cum praesumtio veritati cedat. Deinde praesumtum mandatum ad actus solum, quae speciale mandatum non desiderant, pertinet, & onere praestandi cautionem de rato gravat. *

* Qua occasione Doctores de qualitate cum procuratoris praesumti, tum ejus, pro quo comparet, lites movent. Si res ex meo componenda esset voto, facile darem, ipsum procuratorem legitimam standi habere debere in judicio personam, vid. MENCKEN *Disp. 5.* §. *12.* Quod autem perhibent, principalem habilem esse debere per se, ut expresse mandare possit, ejus sufficientem haut video rationem. Quamvis enim eum, qui expresse mandare nequit, tacite mandare posse negent, non tamen hic sermo est de tacito, sed de praesumto mandato; quod a tacito & expresso toto differt coelo. Quare nil interesse credo, sivi principalis masculus sit, sive foemina, sive impubes, sive minor, sive majorennis. Plura de praesumto mandato lege apud STRUVIUM *Ex. 7. th. 28.* BERGER *Oec. Jur. lib. 4. Tit. 9. th. 2.*

VIII.

VIII.

Sigillatim, maritum ex præſumto mandato admitti pro uxore, alibi diximus. Ut vero eo nomine lis, de bonis dotalibus mota, probe diſtinguenda eſt a lite, quæ bona paraphernalia & receptitia tangit; ita priori in caſu, ob dominium, quod ipſi competit, civile, plane nullo mandato indiget, ſed jure ſuo agit. Idem juris erit, ſi de uſufructu, ipſi in bonis paraphernalibus conceſſo, controverſia oriatur. Cæterum de rato cavet, ubi actus ſpeciale mandatum non deſiderat. *

* Neceſſitatem tamen hanc præſtandæ cautionis marito remittit ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.* 8. §. 2.

IX.

Liberos, qui in patria poteſtate adhuc ſunt conſtituti, pater & agendo & excipiendo, recte absque omni mandato defendit, nec, cum vi Patriæ poteſtatis hoc jus exerceat, ulla diſtinctione inter actus, qui mandatum ſpeciale deſiderant, & qui ſub generali comprehenduntur, opus eſt. A curatore tamen liberis dato excludi patrem, non incongrue aſſeri poteſt. *

* Ita etiam diſponere ORDINAT. PROC. SAX. *Tit.* 9. §. 1. ex ejus inſpectione patet.

X.

X.

Infantis nomine tutor omnia ſolus agit in judicio, ſuamque perſonam, cum hodie omne tutoris officium a confirmatione magiſtratus dependeat, tutorio legitimat. Fert etiam uſus fori, ut & tutores nomine pupilli, & curatores nomine minoris cauſas judiciales expedire poſſint. Imo permittitur iisdem, ut & actores ſuo periculo conſtituant, qui ad ſui legitimationem & tutorium vel curatorium & actorium exhibere debent. * Nil tamen obſtat, ne pupilli infantia majores, & minores, adhibito tutorum vel curatorum conſenſu, procuratorem conſtituant, quem incongrue cum actore confundunt. **

* In quo concipiendo tutor vel curator id agant, ut heredum pupilli & minoris mentio ſimul fiat, ne vel morte tutoris expiret. MENCKEN. *Diſp. 5.* §. 3. Quod ſi plures quis habeat tutores vel curatores, illi, niſi diviſis officiis ſint conſtituti, omnes conjunctim adeſſe, & actorem conſtituere debent; ubi tamen periculum eſt in mora, unum ex pluribus, ne detrimenti quid capiat res pupilli, admittere, eumque neceſſitate, ut contutorum vel concuratorum ratihabitionem procuret, onerare, rationis eſſe videtur, nec aliter habet ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 9.* §. 2.

** Nominatim ejusmodi mandatarium procuratorem vocat *L. II. C. de procuratorib.* & recte, quia ab ipſo principali conſtituitur, cum actor facul-

H tatem

tatem expediendi negotia ab eo consequatur, qui lege jubente vel permittente principalis personam repræsentat. Præterea procurator periculo principalis, actor regulariter periculo constituentis, causas judiciales pertractat.

XI.

Fœminæ denique, ubi legis rigor hanc necessitatem ipsis imponit, in judicialibus curatorem præcise adhibent, nec solæ quicquam valide agunt. Si maritatæ sint, utrum marito, an curatore stipatæ compareant, perinde est. * Cum itaque nec sola fœmina, nec solus curator regulariter admittatur, nec procurator vel actor, nisi a fœmina cum Curatore constitutus, admitti solet. ** Actum tamen, a curatore solo in utilitatem fœminæ gestum, aut a fœmina sola in sui favorem expeditum, Praxis sustinet. ***

* In Saxonia tamen Electorali, si fœmina curatorem jam habeat in genere constitutum, maritum plane non admittunt, & in pœnam tantum, si fœmina nihilosecius adhibuerit maritum, actum gestum validum declarant, quando fœmina judicialiter interrogata, an curatorem habeat generalem, negavit ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 9.* §. *5.* Ne itaque illegitima sit comparitio, id consilii capiat uxor, quæ curatorem jam habet, atque maritum sibi curatorem ad hanc litem dari curet. Est enim in arbitrio mulierum Saxonicarum positum, quem velint habere curatorem,

cum

cum nudi consiliarii vices gerat. Imo, ne actus, a muliere cum marito gestus, cadat in irritum, Jure quoque Saxonico communi judex maritum, curatorio ad litem non instructum, vix admittere solet.

** Non itaque curator fœminæ solus, nec fœmina sola absque curatore actorem recte constituit. Imo, ne fœmina quidem, quæ curator solus forsan expedivit, absque alio curatore sola ratihabere potest. Cæterum actoris, a fœmina cum curatore constituti, potestas morte curatoris non expirat. BERGER *Elect. Discept. Forens. p. 289.* Proprie enim non actor, sed procurator fœminæ est, & ex hujus voluntate constituitur.

*** Confer. GRIBNERI *Dissert. de mandat. special.* §. *ult.* RIVIN. *Tit. 8. Enunc. 1. Tit. 18. Enunc. 46.* Attamen ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 8.* §. *1.* hanc doctrinam ad actus solum, qui generali mandato subsunt, a curatore solo expeditos, restringit, & præterea, ne fœminam quidem solam in sui utilitatem quid judicialiter gerere posse, adstruit, si causas matrimoniales & mercatricem in causis mercatoriis, quatenus de amicabili compositione judex laborat, exceperis. d. ORDIN. §. 3.

CAPVT III.

DE AMICABILI COMPOSITIONE.

I.

PArtibus jam præsentibus, quando vitium comparitioni non cohæret, quippe de quo detegendo cum judex, tum pars adversa, laboret, ne nulli-

tati præbeatur occasio, judicis omnino est, ut, quantum fieri potest, litem partibus dissuadeat, & amicabilem compositionem tentet. Utut enim tentatio amicabilis compositionis non sit de substantia processus, * peccat tamen judex, qui eam negligit, & partes ad disceptationem statim ablegat. **

* Ita WERNHERUS *P. I. Obs. 224.* Ejus itaque omissio processus nullitatem haud operatur, nec validitati eorum, quæ postea insequuntur, quicquam detrahit. ZIEGLER *Dicastic. Concl. 20. §. 6.* MARTINI *ad Ord. Proc. Saxon. Tit. 1. n. 6.* Judex tamen ob negligentiam puniri potest, si lex ipsi antea tentationem amicabilis compositionis sub pœnæ comminatione injunxit.

** Duo itaque judex, qui de transactione inter partes cogitat, quod salva conscientia omittere nequit, CARPZOV *in Proc. tit. 10. art. 1. n. 20.* evitet extrema. Primo caveat, ne negligenter versetur, sed suasiones adhibeat, quas potest, quasque præsentis litis ratio suppeditare videtur. STRYCK *Introduct. ad Prax. cap. 2. §. 2.* Deinde abstineat a coactione, cum pax, uti dicunt, bonum sit suasibile, non compulsibile, & transactio consensu perficiatur. Qui secus facit, injuriarum tenetur. RIVINUS *Tit. 1. Enunc. 11.* WERNHER *P. I. Obs. 225.* Quidam tamen volunt, actum istum admittere coactionem, si hanc suadeat tranquillitas publica. STRYCK. *in Not. ad Lauterbach. tit. de transaction.* SCHILTER. *Ex. 9. §. 25.* BRUNNEMANN. *de Proc. Civil. cap. 2. n. 14.* verum sunt & rationes in contrarium, quæ

omnem

omnem coactionem dissuadent vid. ZIEGLER. *Conclus.* 22. §. 14. *sqq.*

II.

Hæc igitur, ut feliciori successu perficiatur, judici sequentes suppeditare videtur cautiones, ut, 1) se ipsum de meritis caussæ informet, 2) partibus fata & pericula litis exponat specifice, 3) media, quæ finem litis promovent, ex officio proponat, & 4) Advocatos, qui officii immemores amicabili compositioni obesse videntur, abesse jubeat. *

* Hæc omnia rationis esse, nemo non videt. In Saxonia Electorali in lege nituntur præceptiva. Confer late ORD. PROC. RECOGN, *Tit.* 1. §. 1. *sqq.* quæ eam ob rem, non registraturam solam super modo, quo judex in tentanda amicabili compositione usus est, confici, & omnes circumstantias accurate consignari jubet, sed etiam judici, qui in sessionibus, actuario, qui in consignatione negligenter versatur, ut & advocatis ac procuratoribus, qui concordiam impediunt, mulctam minatur. Præterea, dum saluti partium prospicit Legislator, his necessitatem, in primo termino comparendi in propria persona, vel legitima impedimenta summarie demonstrandi, aut minimum in vim juramenti, *an Eydes statt* confirmandi, vel denique, si ipsæ negligentiam committant, pœnam pecuniariam exsolvendi, imponit.

III.

Quæ cum ita sint, facile patet, fieri

 non

non posse, quin meliorem tentanda amicabilis compositio habeat exitum, quando judex partibus summariam jurium prius injungit deductionem. * Quamvis hanc plerumque negligant judices, eoque ipso mediis concordiam promovendi se privent.

* Id usu venit in Curia Provinciali Wittebergensi, vid. KRAUSII *Tract. Synopt. Proc. Lib. I. cap. 2. Sect. 3. §. 2.*

IV.

In foro juris communis hac jurium deductione, quamvis ob alium plane finem, utuntur, quando judex ex re processus ducit, vel lex publica jubet, ut partes coram exponant justitiam causæ, aut argumenta, decisioni passus cujusdam controversi inservientia. Ex his enim judex se certiorem reddere vult, utrum partes ad prolixiorem disceptationem controversiæ ablegare, an litem sententia interlocutoria statim finire expediat. Veniunt hæ disceptationes nomine *der Verbörs Termine.*

V.

Ipsa illa deductio jurium, quia ad informationem solum judicis peragitur, fit absque verborum pompa & omni ambage re-

ge re-

ge remota, in ipso termino. Ex utraque parte perficitur orali propositione *sie recessiren gegen einander*, eaque peracta, judex, si plana sint omnia, & controversia ad decisionem satis instructa, statim super meritis causæ cognoscit, sin quæ occurrant, quæ ulteriori discussione indigere videntur, interlocutione mera partes ad disceptationes solennes instituendas ablegat.

VI.

Quod si fiat, jam in foro Juris Communis nullæ amplius actoris, vel ejus, ad cujus instantiam judex terminum præfigit, sunt partes, * sed citatus de exceptionibus sollicitus est, quas alter per replicam elidere studet, & præterea citatum, qui citationi ex asse morem non gerit, monet, eique contumaciæ accusationem minatur. Citatus porro exceptiones defendit, si quæ minus recte egit, re integra corrigit, sic vero uterque causam ita instruit, ut decisio judicis locum sibi vindicare possit.

* In Saxonia vero, qui terminum impetravit, provocare solet prius alterum & per relationem ad scriptum, quod termino ansam dedit, repetere ea, de quibus expediendis judex cita-

tum admonuit, cæterum jura sibi integra reservare.

VII.

Utrum hæc disceptatio in scriptis, an verbis ore prolatis, perficiatur, perinde quidem, & eo nomine Stylus Curiæ in subsidium vocandus est. Saxones enim regulariter non tolerant scriptam disceptationem, sed mutuis positionibus, *von Mund aus in die Feder* dimicant. * Inter utramque tamen disceptandi rationem hæc intercedit differentia, quod ibi judex cum altera parte communicet ea, quæ altera pars exhibuit, & spatium, ad ea respondendi, concedat, hic vero quælibet partium non admonita officii sui memor esse atque negligentiæ pœnam evitare debeat.

* Hanc necessitatem eatenus remisit partibus ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 3. §. 3.* ut, si advocatis utantur, qui non habitant in loco judicii, primam positionem ad acta dictitare, reliquas in scriptis transmittere sufficiat.

VIII.

Numerus exhibitorum in foro Juris Communis est arbitrarius, & sæpissime accidit, ut & modum & finem nesciant partes, ideoque judex ex officio modum statuere debeat, qua de re alibi plura. Spatii

tii etiam, intra quod quælibet pars jura deducat, determinatio, quousque lex tempus certum non expressit, judici relinquitur. Sed in Saxonia vix ultra quadruplicam progredi licet. Præterea omnibus positionibus absolvendis regulariter in Saxonia præstitutum est septiduum, quod ne partes quidem compromisso extendere possunt, utut judici permittatur ejus spatii ad quatuordecim dies, vel tres septimanas, prorogatio.

vid. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit.* 3. §. 3. modum computandi septiduum collige ex *d.* ORDIN. *Tit.* 29. §. 3.

CAPVT IV.

DE ORDINE OPPONENDARVM EXCEPTIONVM.

I.

EXceptio proprie est defensio, per quam reus actoris intentionem vel differre vel excludere studet.* Satius tamen est, ut per exceptionem intelligas quamlibet defensionem, qua pars litigans alterius intentionem vel ad tempus vel in perpetuum elidere cupit. **

* Igitur exceptio proprie assertionem contrariam continet, nec in simplici negatione nititur. Hæc

enim magis Litis Conteſtatio negativa dici meretur, inter quam & exceptionem hoc diſcriminis intercedit, quod actor, ſi reus intentionem neget, eam probare, reus excipiens, intentionem ſuam ad liquidum deducere debeat, quatenus lex eum ab onere probandi immunem non præſtat.

** Eo nomine & actor, qui per replicam nova allegatione exceptiones rei elidit, excipere dicitur, nec dubitant ideo Practici, quin actorem replicando reum fieri dicant. Quod eum habet effectum, ut replicæ intuitu favore defenſionis gaudeat, omnibusque fruatur juribus, quæ reo ob exceptionem competunt, modo replicam poſt rei exceptiones demum opponat, cum alias replica, quæ per anticipationem libello inſeritur, jure magis libelli æſtimetur.

II.

Sunt igitur exceptiones vel dilatoriæ vel peremtoriæ. Illæ actoris intentionem non plane excludunt, ſed ad firmitatem judicii ſtabiliendam potius pertinent, &, tanquam præjudiciales, ipſam litem principalem differunt, donec iis ſatisfactum ſit. Peremtoriæ magis intentioni actoris directo contrariæ, & ad eum finem comparatæ ſunt, ut ejus jus in perpetuum excludant.

III.

Ex dilatoriis iterum aliæ ſunt vel in ſpecie ita dictæ vel fori declinatoriæ. Quæ poſteriores eo tendunt, ut reus declaret, judici

judici, cui causa controversa exposita est, facultatem deficere, eam cognoscendi & decidendi. * Id praeterea hae exceptiones habent singulare, quod a Litis Contestatione plane liberent, cum simul stare non possit, judicium excipiendo declinare, & litem tamen in eodem judicio suscipere. Interim admodum probabiles sint istae exceptiones, omnino necesse est. **

* Patet inde, has exceptiones contra judicis personam dirigi, & varias sub se continere species, utputa: judicis suspecti, fori incompetentis, primae instantiae, praeventionis, litis pendentiae, inhabilitatis, quarum naturam ex instituto explicat RIVINUS *in specim. Except. Forens.*

** Id igitur agat reus, ut, nisi exceptio notoria sit, eam statim demonstret. Solennis enim probatio vix requiritur, nec facile admitti potest, si turbidae sint istae exceptiones, ne vel remoretur lis principalis praetextu exceptionis, quae jus actoris non excludit. Judicis tamen arbitrium hac in re excludere non possumus, sed dispiciat ille, utrum in probabili nitatur fundamento rei exceptio, &, re ita ferente, demonstrationem injungat. Plane, si liquidae sint declinatoriae, judex eas negligere nequit, sin secus faciat, reo in Saxonia Electorali per ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 1. §. 7.* permittitur, ut, interposito contra sententiam judicis remedio suspensivo, eas adhuc urgere possit.

IV.

Quod ad reliquas exceptiones dilatorias

rias attinet, aliæ reſpiciunt partium litigantium vel principalium vel minus principalium perſonam, aliæ procedendi modum, aliæ libellum, aliæ denique ipſum negotium in litem deductum; Et in his opponendis, ut juſtus ſervetur ordo, res ipſa exigit. *

* Confer. FRISEN. *Diſſert. de ordin. opponendar. exceptionum.*

V.

Eſt autem naturæ rei omnino conforme, ut reus primo loco urgeat exceptiones contra perſonam partis adverſæ, ejusque mandatarii, ne ob inhabilitatem ſtandi in judicio, vel defectum, aut inſufficientiam mandati aut ſecuritatis judicium olim reddatur nullum, aut eluſorium * Secundum locum occupant exceptiones, quæ contra perſonam judicis diriguntur. ** Sequuntur exceptiones contra modum procedendi. *** Tum ad exceptiones contra libellum fit progresſus. **** Agmen claudunt exceptiones, quæ ipſum negotium in litem deductum reſpiciunt. *****

* Pertinet huc exceptio inhabilitatis, legitimationis, & aliæ plures. Eſt autem legitimatio duplex, alia perſonam, alia cauſam tangit. Illa indiget, qui alieno nomine litigat, v. c. procurator, tutor, ſyndi-

syndicus. Hanc afferre debet, qui proprio quidem nomine, ex persona tamen tertii, litem movet. v. c. heres, cessionarius. Posterioris intuitu hoc singulare est, quod, quando legitimatio ad causam pars libelli est, ea etiam jure libelli aestimetur, nec ideo litigans prius de legitimatione dubium removere debeat, quam de probando actionis fundamento sollicitus est. WERNHER *P. 8. Obs. 454. & 486.* Excludit tamen haec exceptio probationem per juramenti delationem. IDEM *Enunc. 321.* Ad classem harum exceptionem referimus etiam eas, quibus reus securitatem ab actore urget, de lite continuanda, & restitutione damnorum, quae vel per contumaciam dedit, vel per temerarium litigium dare potest. Sigillatim huc spectat exceptio de guaranda in Saxonia, de praestanda cautione pro expensis & pro reconventione, item pro prosequenda lite, de refundendis expensis contumacialibus &c.

** De his confer, quae supra jam diximus. Quatenus vero plures ejusmodi exceptiones diversi generis cumulative concurrunt, ut & in iis opponendis justum servemus ordinem, res ipsa exigit. Praecedere debent procul dubio, quae judicis incompetentiam pro objecto habent. Sequuntur deinde, quae judici alias competenti per accidens obstant v. c. inhabilitatis, suspecti judicis.

*** Quae iterum vel factum actoris, vel factum judicis concernunt. Quod si enim v. c. actor processum executivum obtrudere conatur, ubi ordinario opus est, ipsi obstat exceptio non rite formati processus. Judex vero exceptioni ansam dat, quando libellum non communicat, citationem legitime non concipit, nec legitime insinuari curat.

**** Genus harum allegationum est exceptio inepti, libelli.

libelli. Ineptitudo vero varia esse potest. Vel enim in facti narratione, vel in medio concludendi, vel in petito occurrit. Inde exceptio libelli obscuri, generalis, alternativi, contradictorii, deficientis medii concludendi, ineptæ cumulationis &c.

***** Huc pertinent, exceptio excussionis, divisionis, moratorii, plus petitionis tempore, competentiæ.

VI.

Cæterum omnes exceptiones dilatoriæ 1) non turbidæ, sed probabiles, esse debent * 2) non in genere allegandæ, sed specifice exponendæ, ** 3) in primo statim termino simul objiciendæ *** 4) litis contestationi præmittendæ sunt, **** 5) ab eventuali Litis Contestatione non liberant, ***** 6) sistunt cursum fatalis probationi destinati, si judex iis satisfieri jussit. ******

* Quod ita accipiendum, ut alias exceptiones vix attendat judex, quam quæ ex Actis liquidæ sunt. Nec enim peculiaris probatio harum exceptionum locum sibi vindicat, cum fieri non possit non, quin de veritate aut irrelevantia earum ex Actis constet. Indeque sufficit sæpius in sola allegatione subsistere, & v. c. vitia libelli, comparitionis, citationis, mandati indicare. Eodem modo & illæ, quibus a parte adversa aliquid præstari postulamus, quod ex legis necessitate facere debet, probatione non indigent, cum Acta jam loqui debeant, an & quatenus officio suo satis fecerit. Quod reliquas concernit, quæ

in

in oculos non incurrunt, summaria demonstratione earum veritatem evincere statim debet excipiens.

** Non itaque sufficit v. c. libellum ineptitudinis arguere, sed vitia specifice indicanda sunt, quo judex in rei veritatem inquirere possit.

*** Ita disponit *Recessus Imperii de anno 1654. §. 37.* & DECIS. ELECT. SAXON. *14.* Qui igitur in primo termino contumax est, exceptiones dilatorias perdit, quando ipsi litis contestatio, in secundo termino peragenda, sub præjudicio est injuncta per sententiam judicis, eaque vim rei judicatæ obtinuit. Ut igitur ad effectum amittendarum exceptionum non simplex sententia comminatoria sufficit, vid. GRIBNER *Lib. 1. cap 2. Sect. 5. §. 2. not. 4.* si Processum Juris Saxonici Electoralem excipias ORD. PROC. SAX. *Tit. 1. §. 7.* ita nec excludit easdem sententia in legitima impedimenta condemnatoria ZIEGLER *ad Ord. Proc. Sax. Tit. 11.*

**** Ergo post Litis Contestationem dilatoriæ exceptiones vix admittuntur, nisi 1) forsan postea emergant, aut in notitiam excipientis perveniant, *c. 4. X. de Except. c. 32. de testib.* 2) gravamen aliquod successivum contineant, & judicium retro nullum reddant. v. c. legitimationis *c. 4. in fin. de Procurat.* 3) ipsum negotium in litem deductum respiciant, & merita causæ, MEVIUS *P. 4. Decis. 324.*

***** Id iterum jubet RECESSUS *Imper. alleg. §. 40.* ea procul dubio intentione, ne lis disceptatione super exceptionibus dilatoriis præliminari nimium protelетur, cum ista ratione judici una sententia litem præliminarem & principalem determinandi oriatur occasio. Non negligat itaque reus hanc litis contestationem. Facile enim

incur-

incurrere poteſt in pœnam contumaciæ. E contrario autem nullum extimeſcere debet præjudicium, quando excipit, & litem ſimul conteſtatur. Cum enim hoc eventualiter ſolum peragat, quo nomine Practici clauſula utuntur: *Eventualiter, jedoch ſub proteſtatione von denen exceptionibus nicht abzuweichen, bevor darüber erkannt worden, wolle ſich Beklagter dergeſtalt eingelaſſen haben*, judex nihiloſecius ſuper exceptionibus cognoſcere debet. Illæque ipſæ, ſi efficaces easdem pronunciavit, pro re nata vel litis conteſtationi effectum adimunt, vel minimum actorem onerant, ut prius illis ſatisfaciat, quam in cauſa principali ulterius progredi poſſit. Cæterum, quæ de neceſſitate iſtius Litis Conteſtationis eventualis diximus, procul dubio præſupponunt caſum, eam cum exceptione ſimul ſtare, & commode peragi poſſe. Sic v. c. exceptio inepti libelli, ſi vera adeſt ineptitudo, Litis Conteſtationem impedit, cum alias & ipſa Litis Conteſtatio non poſſet non evadere inepta. Secus ſe res habet, ſi exceptionem legitimationis vel eas, quibus ab actore aliquid præſtari poſtulamus, reſpicias add. STRYCK *Diſſ. de Litis Conteſtat. eventuali.*

****** Quod denuo convenit *Receſſ. Imper. all. loc.* Verum, ſi dicendum, quod res eſt, plerumque hoc in caſu mora actori contumaci prodeſt, quippe cui fatale probationis antea non currit. Quare ſat cauſæ habuiſſe videtur Elector *Saxo*, ut in ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 11. §. 2.* diſponeret, ſola legitimatione ad cauſam excepta, fatale probationis non ſuſpendendum eſſe prætextu, quod ſententiæ ratione dilatoriarum nondum ſit ſatisfactum, ſed currere debere probaturo, eumque, niſi vel ante terminum vel in termino productio-

ductionis ſponte præſtaret id, quod ipſi injunctum eſſet, pœnam incurrere. Interim dubium omnino eſt, an hæc diſpoſitio ad eum caſum ſit extendenda, quando actori aliquid dilatoriarum intuitu expediendum prius, reo vero probatio injungitur. Durum certe videtur, reo currere debere fatale probationis, quousque actor contumax eſt.

VII.

Non immerito exceptionibus dilatoriis, * ſigillatim iis, quæ a Litis Conteſtatione liberant, annumeramus exceptionem ſpolii. ** Habet tamen eadem illa hæc ſingularia 1) quod in qualibet judicii parte opponi poſſit *** 2) quod, quandocunque ea utamur, præjudicium faciat liti contra excipientem motæ **** 3) quod, intra quindecim dies, excipiens, ad ejus probationem admiſſus per ſententiam, probationem ſuſcipere & articulos offerre debeat. *****

* Paulo aliter ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 11. §. 3.* quæ hanc exceptionem eodem jure, quo alias exceptiones peremtorias, æſtimat, atque ideo eandem neque in quavis judicii parte admittit, neque ratione probationis & effectus peculiare privilegium eidem tribuit. Quo ipſo tamen ſpoliato facultatem, actionem ſpolii inſtituendi haut adimit, ſed eo nomine ſingularia ſpolii magis conſervat.

** Probe ab exceptione ſpolii diſcernenda eſt actio ſpolii ratione petiti. Qui enim agit, eo petitum dirigit,

dirigit, *daſs das Spolium vor allen Dingen zu reſtituiren*; Sed qui excipit, hanc ſententiam expetit, *daſs er ſich, bevor das Spolium reſtituiret worden, mit Klagern einzulaſſen nicht ſchuldig*. Quamvis enim parum hic intereſſe videatur, cum ubique juris ſit, ut ſpoliatus ante omnia reſtituatur, in Praxi tamen verba captant, & exceptionem, ſi reus petitum actionis ſpolii eligit, omni efficacia privant, HORN. *Claſſ. 12. Reſp. 22.* BERGER. *P. 2. Reſp. 150.*

*** Omnia exceptionis ſingularia ex *c. 2. X. de ordin. cognit. c. 1. de reſtit. ſpoliator. in 6to* deſumunt. Et vi ejus perinde eſt, ſive quis partium ante vel poſt Litis Conteſtationem de ſpolio excipiat.

**** Non enim in totum jus agentis excludit, ſed curſum proceſſus ſiſtit, donec illi, qui de ſpolio excipit, & ad probationem ejus admiſſus cauſam feliciter egit, ſpolians ſatisfecerit. Et eatenus nil intereſt, ſive ſpolium cum cauſa in judicium deducta connexionem habeat, ſive in plane diverſa cauſa factum ſit.

***** Non itaque opus eſt, ut probationem intra ſpatium 15. dierum abſolvat, RIVINUS *ad. Tit. 11. ord. Proc. Sax. Enunc. 48.* Intra idem ſpatium reprobationem offerri tutius eſt. MENCKE *Tit. 16. §. 11.* quamvis ex uſu fori hoc ſpatium demum a tempore, quo alter articulos probatoriales obtulit, currere dicant. BERGER *Elect. Diſcept. Forenſ. p. 360.* Cæterum juramentum ſuper ſpolio deferri poſſe, vel ideo dubium non eſt, quia leges permittunt, ut quælibet cauſa, etiam famoſa, ubi de intereſſe privato ſermo eſt, alterius conſcientiæ committatur. Idque probat ORD. PROC. RECOGN. *d. loc.*

VIII.

VIII.

Exceptiones peremtoriæ varii iterum generis sunt. Missis aliis distinctionibus, quæ alibi explicantur, de diversitate generalium & specialium hæc notasse sufficit, quod generales parum prosint, multisque ex causis consultum sit, ut specifice exceptiones exponamus, earumque fundamenta indicemus. *

* Sunt generales v. c. rei non sic, sed aliter gestæ, non competentis actionis. Et sub his speciales v. c. rei judicatæ, transactæ & similes comprehendi existimant, eo effectu, ut postea, si ad probationem exceptionum deveniat reus, in species idem ire possit. BERGER. *Elect. Disc. Forens. P. 2. Supplem. p. 372.* Verum enim vero rectius judex speciales, quas tempestive non objecit reus, negligit exceptiones WERNHER. *P. 4. Obs. 152.* Interest enim actoris, ut salvam contra rei exceptiones habeat replicam, qua procul dubio privatur, si genus allegat reus, & speciem silet, cum ea ratione, quam reus cogitet exceptionem, actor prævidere, & defensionem contra eam instruere nequeat. Certe, si judex nihilosecius specialem exceptionem in probatione deducendam admittat, ipsa æquitas postulat, ut & actori, licet ille probationem ex parte sua jamjam absolverit, novam contra istam exceptionem non prævisam concedat defensionem. GRIBNER *Lib. 1. cap. 2. Sect. 6. §. 8.* Quod, cum necessario cum protelatione litis conjunctum sit, tolerare non vult Elector Saxo, & ideo judici legem dicit, ut ne respiciat exceptiones peremtorias, nisi specifice

 & tem-

& tempestive oppositas. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 11.* §. 4.

IX.

Opponendæ autem sunt omnes exceptiones peremtoriæ simul in primo termino sub pœna præclusionis, * ita quidem, ut litis contestationi annectantur. ** Nec officit illis, si contrariæ sibi invicem sint, nec certum opus est servare ordinem, quippe qui prudenti magis excipientis arbitrio relinquitur. *** Quid quod ne excipiens quidem statim probationem illis adjungere, sed, cum excipiens agere videatur, judicis sententiam expectare debeat.

* *c. 1. sq. de exception.* in *6to Recess. Imper. de anno 1654.* §. *37. sqq.* ORDIN. PROC. SAXON. VET. & RECOGN. *Tit. 11.* Cum tamen iniquum foret, reum, si postea, quas olim ignoravit, noviter emergant, exceptiones, præcludere, Praxis eas post Litis Contestationem, quousque res judicata nondum adest, recte admittit, modo ignorantiam jurejurando corroboret, & pars adversa contra easdem audiatur. Plane, si tempestive opposuerit reus exceptiones, judex vero easdem neglexerit, & res judicata adsit, easdem separata actione deducere vix potest. WERNHER. *P. 8. Observ. 362.*

** Illas tamen, quæ, antea non oppositæ, executionem modificant, & in continenti probari possunt. MARTINI *in Proc. Sax. tit. 39.* §. *1. n. 162.* ZANGER. *de exception. P. 3. cap. 26.* in ipso termino executionis adhuc urgere licet, quia actorem

rem de dolo convincunt, v. c. exceptio solutionis, compensationis, transactionis. Incongrue huc referuntur reliquæ, quæ hunc effectum non producunt. v. c. exceptio SCti Macedoniani, Vellejani, utut in continenti liquidæ. Sibi enim imputet reus, quod tempestiue easdem non opposuerit, cum sub pœna præclusionis opponere deberet, cumprimis, quia hæ posteriores actorem non in dolo constituunt, sed obligationi naturali ratione efficaci tantummodo obsunt.

*** Cumulatio enim exceptionum peremtoriarum in eum solum finem fit, ut demonstret reus, non deesse defensionem, qua actoris intentionem elidere possit. Igitur, si vel unam exceptionem probaverit, recte absolvitur.

X.

Quodsi tamen reus, de excludenda actoris intentione sollicitus, exceptiones in continenti probari possit, * jura permittunt, iisdem ad effectum impediendi litis ingressum uti, ** nec obligant hoc in casu ad Litis Contestationem reum, qui actoris jus agendi statim destruit.

* Hoc generale & omnibus exceptionibus peremtoriis, statim probabilibus, commune est. BRVNNEMANN *in Proc. Civil. cap. 16. n. 5.* BLVM. *Proc. Camer. Tit. 69. n. 24. sqq.* Hoc solum quæritur, quænam dici possint statim probabiles exceptiones? Fatentur vero omnes, eas huc non pertinere, quas per testium depositiones reus deducere annititur. Saxones præterea nec juramenti delationem admittunt, sed, ut in documentis indubitatis nitatur exceptio, præcise requirunt. In foro denique Juris Communis juramenti delationem non exclu-

dunt, eamque pro probatione in continenti liquida habent, vid. STRYCK. *Usf. Modern. tit. de jurejur. §. 23.* MARTINI *in Proc. tit. 39. §. 3. n. 89.* LEYSER. *Spec. 135. med. 2.* Quod facile admitto, modo, præstito juramento, aliquid ulteriori disceptatione indigens non remaneat. Tum enim, si per juramentum id, quod res est, ad liquidum deduci nequeat, juramenti delationi certe effectum liquidæ probationis tribuere non possumus.

** Eundem effectum Jus Canonicum in *c. 1. de Litis Contestat. in 6to* sigillatim assignat exceptioni rei judicatæ, transactionis & jurisjurandi, nec harum intuitu distinguit, utrum in continenti probari possint, an altioris sint indaginis, STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. 16. §. 2.* Verum de Jure Saxonico nec hæ admittuntur, si turbidæ sint, vid. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 11. §. 1.*

XI.

Pari ratione exceptiones peremtoriæ illæ, quæ juris sunt, & probatione non indigent, * item illæ, quæ tacite intentioni actoris ita cohærent, ut cum effectu agere non possit prius, quam easdem removerit, ** eum habent effectum, ut reum a Litis Contestatione liberent.***

* Pertinent huc defensiones, quæ actoris intentioni legem prohibitivam objiciunt. v. c. Exceptio SCti Macedoniani, Exceptio SCti Vellejani, ut & illæ, quæ in lege nituntur, quæ reum immediate contra actoris intentionem defendit, v. c. fidejussionis temporalis, infantiæ &c.

** Huc sigillatim referendæ sunt exceptiones negativæ, v. c. non adimpleti contractus, non numeratæ pecuniæ, non existentis conditionis, deficientis

tis qualitatis heredis, deficientis dominii. Hæ omnes enim onus probandi in actorem devolvunt.
*** Cujus ratio inde unice petenda, quod istæ exceptiones causæ principali faciant præjudicium, nec judex de justitia actionis prius judicare possit, quam exceptioni sit satisfactum.

XII.

Quod reliquum est, inter eas exceptiones peremtorias, quæ in vim litis ingressum impedientium aut tanquam præjudiciales opponuntur, & inter eas, quæ Litis Contestationem sequuntur, ea adhuc est differentia, quod actor priores, si possit, replica statim elidere debeat, quo præjudicium inde imminens avertat; * contra posteriores autem, ut multa disputet, vix est necesse, nec usu fori receptum, sed, ut eventualiter solum reus iisdem utitur, eorumque probationem post sententiam interlocutoriam differt, ita & actor tempestive satis easdem elidit, quando in probatione versatur. **

* Caveat ideo etiam reus, ne ex nimia fiducia, quam in exceptione litis ingressum impediente collocat, Litis Contestationem plane omittat, sed, ubicunque sentit, dubiis adhuc subesse ipsam exceptionem, vel quod intentionem actoris non confestim destruat, vel quod per replicam illi vim adimi videat, eventualem nihilosecius Litis Contestationem addat, ne vel in pœnam contumaciæ

 incur-

incurrat. Nec enim nocebit iſta Litis Conteſtatio, ſi judex efficacem deprehendit exceptionem. ** Solent itaque Practici in ſola contradictione ſubſiſtere & negatione, & placido animo judicis ſententiam, ſuper probatione ſuſcipienda ferendam, futurumque reî eventum expectare.

CAPUT V.
DE
LITIS CONTESTATIONE.

§. I.

Litis Conteſtatio, quæ exceptiones dilatorias ſequitur, & his atque peremtoriis intermiſcetur, eſt ſolennis rei ad ſingulas circumſtantias libelli ideo peracta reſponſio, ut conſtet, quid probatione indigeat, & quis probare debeat. *

* Inde patet 1) Litis Conteſtatione in omni proceſſu opus eſſe, cum abſque illa incognitum maneat, an controverſia inter partes adſit. Pro diverſitate tamen proceſſus vel ſolenniter, vel abſque ſolennitate peragitur. 2) Litis Conteſtationem eorum ſolum intuitu deſiderari, quæ probatione indigent. Sic vero ad facti ſpeciem ſolum pertinet, non ad jura allegata, nec ad concluſionem. Illorum enim efficacia ab affirmatione vel negatione privati non pendet, quod tamen merito intellexeris de juribus rite promulgatis, non de juribus, quorum exiſtentia non præſumitur, ut puta, conſuetudine, ſtatuto, privilegio, cum & hæc probanda ſint. De concluſione vero ex præmiſſis conſtare debet, quamvis Practici & illi,

illi, minimum in genere, contradicere soleant, si præmissa negarunt.

II.

Est vero Litis Contestatio plerumque eventualis sive conditionata, raro pura, nisi reo exceptiones dilatoriæ vel litis ingressum impedientes desint. Formalis tamen & ita comparata sit, necesse est, ut de animo litem contestandi certo constet.*

* Igitur, qui excipit tantum, utut contradicere videatur actioni, litem non contestatur, *c. 2. de Lit. Contest. in 6to* & ideo neque pro confitente, neque pro negante habetur, MENCKEN *Disp. 8. Tit. 16.* §. 2. Porro, qui dubia & ambigua responsione utitur, respondere non censetur, quia, dum judicium suum suspendit, neque affirmat neque negat. Non itaque tolerat Praxis verba, *man stelle es dahin, es könne wohl seyn,* ZIEGLER *ad ord. Proc. Sax. tit. 16.* MENCKEN *d. loc.* §. 8. Verbum, nescit, autem, si de factis alienis sermo est, Litis Contestationem non vitiat, sed hæc eo modo peracta pro negativa habetur. Quare id agat ubique reus, ut catogorice respondeat.

III.

Generalis etiam Litis Contestatio, quam tolerat Jus Canonicum, Jure Imperii & Saxonico plane prohibita est, * & specialis magis ad singula libelli capita directa, requiritur, quæ ita comparata esse debet, ut ad singulas circumstantias, quas libellus sistit, eum in finem in certas propoli-

positiones resolvendas, affirmativam vel negativam responsionem contineat. **

* Generalis ea dicitur, quæ absolvitur per formulam: *nego narrata, prout narrantur, & petita, prout petuntur*, vid. *L. 1. C. de Litis Contestat. cap. un. X. Eod.* Attamen, cum ea ipsa conditionem actoris duriorem omnino reddat, qui jam de singulis libelli capitibus probandis cogitare debet, conjunctim negatis, eaque ratione superflua sæpius probatione oneratur, noluit ideo *Recess. Imper. de ann. 1654. §. 37.* & ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 16.* reorum cavillationibus suppetias ferre, & optimo consilio specificam responsionem ipsis injunxit.

** Qua in re summa opus est circumspectione, ne reus in laqueos incidat, per captiosas diversarum propositionum conjunctiones ab actore præparatos. Sæpius necesse est, ut una libelli propositio, quæ diversas circumstantias continet, in duas, tres & plures propositiones resolvatur, ne, dum integram propositionem incaute affirmat reus, singulas circumstantias, quæ minus veræ sunt, simul implicite fateatur.

IV.

Gravi damno suo litigantes experiuntur, in foris, ubi stylus curiæ generalem Litis Contestationem admittit, quantum hæc ipsa afferat præjudicii. Jam enim videmus, actorem, quo liberet se a superflua probatione, * salutem quærere in positionibus, ** &, præstito prius juramento dandorum, reum necessitate

ad

ad singulas circumstantias libelli respondendi *** onerare, eoque nomine, ne temere neget, juramentum respondendorum ab illo exigere.

* Hunc unicum positionum finem esse, inde satis patet, quia actor per eas confessionem rei & responsionem specialem elicere studet, quo sciat, quæ demum libelli capita probatione indigeant. Quare iis in foris, ubi receptæ sunt, sequuntur Litis Contestationem, & probationem antecedunt. Ipsaque docet experientia, incassum laborare actores, qui eo fine positionibus utuntur, ut se plane liberent a probatione, cum vix contingat casus, ut reus omnes ac singulas positiones fateatur, sic vero negata probatione nihilosecius indigeant. Interim non nego, per accidens fieri posse, ut actor periculum litis ope positionum effugiat. Eoque sensu facile admitto, posse easdem modis probandi annumerari, quod & facit *c. unic. X. de lit. contest. cap. 2. de confess. in 6to Recess. Imper. de anno 1654. §. 49.* Ut tamen dicam, quod res est, varia incommoda modum hunc dissuadere possunt. Primo enim effectu se liberandi in totum a probatione plerumque destituitur. Deinde otiosas de admissibilitate vel inadmissibilitate positionum lites parit. Tum perjuriis occasionem subministrat. Denique, quia mediante juramento rei confessionem elicere cupit actor, faciliori negotio rem expedit per juramenti delationem, add. STRYCK. *Diss. de interrogat. & Introd. ad Prax. Forens. cap. 17. §. 13.* MENCKEN *Disp. 11. th. 17.* BÖHMER *Jur. Eccl. Protest. lib. 2. tit. 5. §. 7.*

** Sunt igitur positiones breves ac perspicuæ assertiones, ex visceribus libelli desumtæ, ab eo, qui proba-

probationem parat, eum in finem propositæ, ut adversarii confessionem per distinctam responsionem eliceat, atque se hac ratione ab onere probandi liberet. Dum vero actor positiones offert, offerre se simul debet ad juramentum dandorum, idque præstare deinde solenni formula; *dass die von ihm übergebene positiones, so viel deren seine eigene Geschichte betreffen, wahr seyn, so viel sie aber andere Geschicht belangen, er solche wahr zu seyn glaube.* In conficiendis ipsis positionibus eadem ratione procedit, qua utitur probaturus in articulis probatorialibus formandis. Ideoque eas ex libello desumit, omnem obscuritatem & perplexitatem evitat, distincte separatis propositionibus singulas circumstantias complectitur, & a novis circumstantiis abstinet, ne vel super admissione positionum lis oriatur.

*** Reus itaque, qui ad positiones respondet, ubique officia ejus explet, qui litem specifice contestatur, quo nomine omnia, quæ de litis contestatione dicuntur, ad responsionem illam recte applicantur. Ne vero denuo actori imponat, omnem suspicionem malitiæ removere debet solenni juramenti respondendorum formula: *dass er auf die von Klegern übergebene zulässliche positiones und zwar auf jede besonders die Wahrheit dergestalt, dass, so viel derselben seine eigene That betreffen, mit wahr oder nicht wahr, so viel aber derer eine frembde That enthalten, mit glaube wahr, oder nicht wahr, beantworten wolle.*

V.

Ad specialem, dum iterum revertimur Litis Contestationem, arbitrio quidem rei relinquitur, utrum affirmare, an negare

negare velit libelli capita. Indeque Litis Conteſtatio diſpeſcitur in puram, quando omnia libelli capita vel affirmat * vel negat, ** & mixtam, quando ad alia affirmando, ad alia negando reſpondet. *** Caveat tamen reus, ne negativam pro affirmativa amplectatur in factis notoriis, in iis, quæ juris ſunt, ut & in iis, quæ pœnam inficiationis admittunt. ****

* Affirmativa tamen mera, quatenus exceptionibus reus deſtituitur peremtoriis, re ipſa non eſt Litis Conteſtatio, ſed confeſſio, & condemnatoriæ ſententiæ ſtatim locum facit, *L. 6. pr. D. de confeſſ.* STRYCK *ad Pr. Forenſ. cap. 15.* §. 3. Sin exceptionibus temperata eſt, onus probandi in reum devolvit.

** De qua ſigillatim nota, quod eo in caſu, quando juramentum reo ſuper actione & facto proprio eſt delatum, eidem exceptiones peremtoriæ haut proſint. Aut enim præſtat juramentum, aut ejus præſtationem denegat. Ibi, quia actoris intentionem juramento elidit, probatione exceptionum non eſt opus, cum eventualiter ſolum, ſi actor probaverit intentionem, adjiciantur. Hic vero ob pœnam inficiationis, quam probat *L. 10. §. 1. D. de fidejuſſor. Authent. Contra qui propriam C. de non numer. pecun.* exceptiones perdit, BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 23. §. 1. not. 6.* WERNHER. *P. 1. Obſ. 107.* Et quamvis dubitare quis poſſit omnino, anne poſteriori in caſu pœna locum habeat ob rationes magni roboris, quas allegat WERNHER. *d. l.* & in *Supplem. Vol. III. p. 654.*

p. 654. it. Vol. VII. p. 111. in Saxonia tamen Electorali res authentica interpretatione decisa est vi ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 16. §. 3.* nec aliter reus ad exceptiones habet regressum, nisi juret, quod tempore Litis Contestationis easdem ignoraverit.

*** Quæ cum reliquis probationis intuitu, de qua infra, diversum effectum producit. In Praxi etiam negativam puram & mixtam solenni super modo probandi formula pronunciandi ita distinguere solent, ut judex ibi: *dieweil Beklagter der Klage allenthalben nicht geständig, so ist Kläger den Grund derselben &c.* hic verò, *dieweil Beklagter der Klage nicht allenthalben geständig, so ist Kläger den Grund derselben, und so viel ihm daran verneinet worden, &c. &c. zu erweisen schuldig*, interlocutoriam ferat sententiam.

**** Priori quidem & secundo in casu reus intuitu causæ ipsius damnum vix sentit, si a foris Saxoniæ Electoralis discesseris, in quibus mulcta 5. thalerorum locum habet, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 16. §. 2.* sed opinionem solum gravat apud honestos viros, qui nudam veritatem amant. In ultimo autem casu eo majori circumspectione opus habet, quo graviorem leges in certis casibus mendacii commissi minantur pœnam. Pertinet huc §. *26. J. de action. L. fin. D. de Rei vindic. L. 2. §. 1. D. ad L. Aquil. L. 1. §. 1. & 4. D. Depos. Auth. Contra C. de non numer. pec. Nov. 18. cap. 8.* add. WERNHERI *Dissert. de pœna inficiationis.* In dubium quidem plerique nostratium has legum dispositiones ratione usus practici vocant. Verum suadet naturalis & publica ratio, ut hominum malitiam cohibeamus. Nec ideo opus est, ut hoc in argumento specialibus Romanorum rationibus, quibus leges illæ innituntur, inhæreamus, cum ratio generalis cum iisdem concurrat. In

Saxonia

Saxonia Electorali certe res ob ORD. PROC. RECOGN. *d. l.* expedita est, quod judex pœnas inficiationum negligere non debeat.

VI.

Ipsa vero specialis Litis Contestatio ita demum recte peracta censetur, quando libello ex asse conformis, & adæquata est. Fiat itaque 1) repetitione verborum, quibus actor ad declaranda animi sensa usus est, * 2) sine appendice, ** 3) sine intermixtione exceptionum, *** 4) absque captiosis conjunctionibus. ****

* Quod tamen non ita intelligendum est, tanquam reus ipsi verborum structuræ inhærere, & libellum verbotenus repetere, huic autem repetitioni responsionem intermiscere debeat. Risu enim procul dubio excipies hanc responsionem, affirmando, *Kläger saget zu Anbringung seiner Klage*, negando *was massen Beklagter* negando *Klægern 100. thlr.* negando *schuldig worden*, sed ea legislatorum mens est, ut reus propositiones ex libello eruat, easdem iisdem verbis, quibus actor usus est, eloquatur, in alium sensum verba non detorqueat, & categorice sese declaret, utrum affirmet vel neget.

** Id est, *ohne Anhang*, quam reus forsan propositionis illustrandæ, temperandæ, modificandæ causa adjicit. Talis enim Litis Contestatio vel ideo libello conformis dici nequit, quia plures circumstantias continet, quam quæ libello insunt. Si tamen nihilosecius ex re videatur, ut propositio ad intelligendum facilior sistatur, peracta litis contestatione, reus ea de re sollicitus esse, singulisque propositionibus epicrisin addere potest.

*** Ex-

*** Exceptiones enim dilatorias Litis Conteſtationi præmittere, peremtorias eidem addere, ordo legalis jubet, & ideo earum intermixtio ipſam reſponſionem vitioſam reddit.

**** Nec excuſabit hoc vitium libellus captioſe conſcriptus. Aut enim propoſitio captioſa in plures perſpicuas commode reſolvi poteſt, aut tanta libellum premit obſcuritas, ut ſanari nequeat. Hoc in caſu omiſſa Litis Conteſtatio reo non erit fraudi ob ineptitudinem libelli. Ibi vero neglecta reſponſio perſpicua non poteſt non nocere reo, qui id agere debebat, ut male & captioſe conjuncta ſepararet, & ad ſingula ſeparatim reſponderet.

VII.

Denique, ut tempeſtive fiat Litis Conteſtatio, omnino neceſſe eſt. Qua in re quidem primario conſulendæ Ordinationes Proceſſuales. Rationis tamen eſt, ut reus ad hunc actum citatus, ſi cauſa recuſationis juſta deſit, eundem ante lapſum termini præſtituti & prius expediat, quam in cauſa concluſio fiat, ne actori facultatem adimat dijudicandi, utrum citationi ex aſſe morem geſſerit. Imo vel ſuæ utilitatis ergo moram evitabit, ne, dum ad ultimum usque exhibitum Litis Conteſtationem ſervat, ſibi ipſi occaſionem præripiat, vitia, ſi quæ forſan actor indicavit, in reliquis exhibitis emendandi.

VIII.

VIII.

Quod si igitur reus litem vel plane non, vel non legitime * & justo tempore,** contestetur, vel vitia non emendet, ubique pœnam contumaciæ ob denegatum citationi obsequium in se provocabit, quæ, qualis sit, jam alibi indicavimus. ***

* Quodsi vero reus in præjudicium aliquod ob vitia Litis Contestationis condemnandus est, ratio dictitat, pœnam delicto debere esse proportionatam. Ideo vero præjudicium ad eas circumstantias, in quibus citationi paruit, extendi nequit, sed merito ad illa capita, ad quæ litem rite non est contestatus, restringitur. Ita disponit ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 16. add.* HORN *Diss. de process. summario* §. 46. MENCKE *Tit. 16.* §. 10. WERNHER, *P. 1. Obs. 97.*

** Quamvis enim officium judicis, quatenus lex expressa illud hoc in argumento non excludit, locum sibi omnino vindicet, & Litis Contestatio intempestive facta, si vitiosa non sit, sustineri possit, periculosum tamen semper est, ea in re partibus suis deesse, cum necessitas nulla judicem urgeat, ut officium suum interponat. Majori adhuc sese periculo objicit ille, qui vitiose litem contestatur, quia judici omnino integrum est, ut ob defectum ab altera parte non indicatum actum ipsum vitiosum ex officio declarare possit. add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. tit. 16.*

*** Res eo redit, ut, reus hac vel illa ratione contumax, quatenus dilatoria adhuc citatio præcessit, in expensas condemnetur, peremtoriam vero citationem præjudicium, ratione totius causæ sub-

eundum sequatur, sive eidem citatus plane non, sive non legitime, morem gesserit, modo tamen actor ea, quae ipsi prius expedienda incumbebant, expediverit, cum alias culpam cum culpa compensare fas sit. RIVINVS *Tit. 11. Enunc. 21.* BERGER. *Suppl. Tom. 2. p. 311. sqq.* Praeterea in Saxonia Electorali Advocatus, qui culpa sua praejudicium provocat, expensas restituere, & poenam pecuniariam subire debet ORD. PROC. SAX. *Tit. 16. §. 2.*

MEMBRVM III.

DE

IIS, QVAE FIVNT POST LITIS CONTESTATIONEM.

CAPVT I.

DE

PROBATIONE ET REPROBATIONE IN GENERE.

I.

PRobatio est actus judicialis, per sententiam injunctus, * quo litigans judici de fundamento intentionis vel exceptionis, quatenus facti, ** & ab altera parte negatum est, *** nec a lege praesumitur, **** solenni & legali modo fidem facit. *****

* Omnis probatio eum in finem suscipitur, ut judici, cujus officium imploravimus, constet de veritate asserti nostri, cum idem ille, nondum perspecta veritate, neque condemnare neque absolvere

vere possit. Igitur judex causæ actum probationis dirigat, necesse est. Sequitur inde, 1) quod probatio, quæ coram alio judice suscipitur, vel testium depositio, a Notario conscripta, nullum in processu regulariter habeat pondus, add. WERNHER. *P. 4. Obs. 42.* 2) quod probatio inutilis sit, quæ judici causæ offertur, antequam per sententiam ejus partibus injuncta sit *c. 9. X. de probat.* Ex hac enim demum constare debet, an & a quo probatio sit suscipienda. Eoque nomine processus anticipationem probationis, quatenus lex eam non permittit, vix tolerat, utut Praxis Juris Communis non citra confusionem processus obligationem expectandi sententiam judicis probaturo remittat. Certe in Saxonia qui probationem intempestive offert, nihil agit, sed interloquitur nihilosecius judex, & formulam addit: *Und bleibt Klagern, sich e. g. der Documenten fol. 6. sqq. bey dem Beweise zu brauchen unbenommen.* 3) Quod judex de validitate probationis judicare debeat.

** Non itaque probatione opus est, ubi quæstio juris in judicium est deducta, cui nulla facti quæstio cohæret, ne tum quidem, quando quis ad legis observantiam incaute provocavit. WERNHER. *P. 1. Obs. 316.* Quod tamen ad leges rite promulgatas recte restringimus, cum reliquarum legum, cujus existentia non præsumitur, non in libello solum facienda sit mentio, sed & suscipienda probatio, add. THOMAS. *Diss. de fide juridica cap. 2. §. 34.*

*** Ergo, quatenus actor & reus super facto conspirant, eoque ipso controversia inter eos non agitatur, probationis etiam procul dubio cessabit necessitas. Ne igitur vel tacite confiteri quis videatur ea, quæ facti sunt,

Practici assertis partis adversæ, quibus, quid opponant, non habent, in genere minimum contradicere, & protestari solent, *dass sie tacendo nichts eingeraumet haben wollen.* Cæterum, notorium factum, utut negatum, probatione non eget, nisi notorietas simul sit negata. Tum enim hæc probanda est, quod, quomodo fiat, exponit BÖHMER *in Jur. Eccles. Protest. Lib. 2. tit. 19.* §. 2.

**** Is enim est effectus præsumtionis, ut aliquid tamdiu habeatur pro vero, donec contrarium ab altero sit probatum.

***** Qua occasione probaturus id agit, ut partim veritatem asserti sui in lucem protrahat, partim, quæ ab altera parte vera dicuntur, destruat. Quare probationem merito distinxeris in affirmativam & negativam. Nec mirum etiam inde videri cuiquam poterit, quod & illi permittenda sit probatio, qui ipse nihil asserit, in eo tamen est, ut alterius asserti fidem infringat. Quæ probatio sigillatim favorem defensionis habet, & per articulos elisivos peragitur, ceu infra apparebit.

II.

Quod autem diximus, probationem per anticipationem & ante sententiam interlocutoriam expediri non posse, id illo in casu fallit, quando periculum adest, eum, a quo olim onus probandi subeundum est, absque culpa sua mediis probandi destitutum iri, si probatio ad terminum probatorium præcise adstringeretur. Tum enim probationem ad perpetuam

petuam rei memoriam suscipere licet, * ita tamen peragendam, ut nihil eorum omitti possit, quod ad probationem, alias suo tempore solenniter expediendam, pertinere videtur. **

* Sedes hujus probationis est in *c. 5. X. ut lite non contest.* quod dilucido commentario exposuit WERLHOFF *Dissertatione de probatione ad perpetuam rei memoriam*, add. BÖHMERI *Jus Eccles. Lib. 2. tit. 6. §. 4. seqq.* Est autem ratio hujus dispositionis adeo generalis, ut facile appareat, eam non solum ad probationem per testes æque ac per instrumenta applicari posse, sed etiam & actori & reo, imo & illi ante litem institutam, huic vero hoc etiam in casu, si exceptionem per modum actionis urgere possit, permittendam esse. Et hac ratione rem publica lege definivit Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 27.* Si vero Doctorum opiniones conferas, tantum abest, ut hoc in argumento conspirent, quin per varias distinctiones rem conficere, & inani disceptatione rem perspicuam difficultate fere inextricabili involvere studeant. Conf. LVDOVICI *Einleit. zum Civil. Process. cap. 20. per tot.*

** Judex itaque competens, maxime, quando in mora non est summum periculum, dirigat actum probationis, & probaturus solennem productionem suscipiat. Ipsa autem probatio satis audita altera parte absolvatur. add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.*

III.

Fundamentum omnis probationis est

Litis Conteſtatio, ex qua demum, an & in quibus capitibus partes diſſentiant, conſtare debet. Quapropter non probat actor, ſi lis pure affirmative ſit conteſtata, probat tamen, quando reus vel omnia libelli capita negavit, vel litem mixtim conteſtatus eſt. Probat reus, qui intentionem actoris fatetur quidem, ſed in exceptionibus peremtoriis refugium quærit. Imo fieri poteſt, ut & actor intentionem, & reus exceptionem probare debeat, ſi reus quædam libelli capita negavit, quædam affirmavit, adjectis exceptionibus. *

* Cautus tamen ſit judex, ne probationem injungat actori, ſi ex pura affirmativa rei reſponſione id, quod res eſt, in oculos incurrat, atut reus præterea in quibusdam, quæ tamen ad fundamentum intentionis non pertinent, negativam amplexus ſit Litis Conteſtationem, ſiquidem hoc in caſu præſtat, reum ſtatim condemnare, quam probationem injungere ejus, quod probatum ad cauſæ deciſionem nil confert. Cautus etiam ſit judex, ne probatione exceptionis oneret reum, qui eam in continenti liquidam reddit, &. ea ipſa omne dubium de injuſtitia actionis tollit. Hoc enim in caſu, ſi in documentis guarantigiatis nitatur exceptio, ſententiam abſolutoriam mixtam ferre debet. *Würde Klager das Document ſub A. inmaſſen ihm zu thun obliegt, recognoſciren; So iſt Beklagter von der Klage zu entbinden* &c.

IV.

IV.

Quemadmodum vero quælibet partium probare debet id, in quo fundamentum intentionis vel exceptionis contradictæ collocavit, ita perinde est, sive in affirmatione, sive in negatione istud fundamentum consistat, * quatenus lex pro illius veritate non præsumit. **

* vid. *L. 25. D. de probationib.* Falsissima enim est eorum opinio, qui negantem ab onere probandi liberant, ideo, quod negavit, cum ea ad unicum solum casum applicari possit, quando alter affirmavit, & alter negavit, eaque ratione contradictio adsit, *L. 23. C. de probation. L. 10. C. de non numerat. pecun.* Falsissima etiam est opinionis ratio, quod negativa probari non possit. Experientia enim docet, eos, qui reprobatione utuntur, probationem negative subire, eamque non directo solum, sed etiam per consequentiam absolvere. Præterea in negativis propositionibus plerumque implicite latent affirmativæ. Conf. BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap. 18. n. 1.* VINNIUS *Select. qu. jur. Lib. 2. cap. 12.* COCCEIUS *Diss. de directa probat. negat.* BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. 2. tit. 19. §. 3. sqq.*

** Hæc unica ratio est, quare pleræque probari non debeant negativæ propositiones. Sic præsumit lex pro actore, qui negat, alteri competere jus servitutis præsumit pro reo, qui negat pecuniæ numerationem, contractus implementum.

V.

His igitur præsuppositis concurrentibus, probatio injuncta simpliciter est

suscipienda. * Et regulariter probaturi arbitrio relictum est, quo probandi modo uti, ** & quot media probandi cumulare velit.

* Merito itaque vituperabis quorundam judicum facilitatem in concedendis contra ejusmodi sententiam remediis suspensivis, quæ vix unquam effectum habebunt, si causa ita sit comparata, ut absque probatione parti fides haberi nequeat. Quæ ratio etiam movit Electorem Saxoniæ, ut, hoc minimum in casu, nullam istis remediis tribueret efficaciam, pœnamque minaretur pecuniariam illi, qui iisdem abuteretur, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 11.* §. *2.*

** Vox enim *Beweisen* (idem de voce *Beybringen* sentit WERNHER *P. 6. Obs. 471.*) generale est, & omnia probandi media sub se complectitur. Inter quæ, cum & conspicua sit juramenti delatio, non dubitabis, quin eandem probaturus in suos usus convertere possit, quatenus lex provincialis huic facultati aliud non præstituit fatale, qua de re videbimus suo loco.

VI.

In qua cumulatione tamen duæ quæstiones probe ab invicem sunt discernendæ. Alteram enim, an probaturus diversis mediis probandi, super diversis circumstantiis probandis, uti possit, merito affirmabis, alteram vero, an super eadem circumstantia cumulare possit diversa probandi media, recte restringes

ad

ad ea, quæ ſibi præbent adminiculum, negabis de iis, quæ ſe invicem deſtruunt. *

* Recte itaque cum documentis conjungimus teſtium depoſitionem vel ocularem inſpectionem. Juramenti autem delatio cum neutra ſimul ſtare poteſt. ZIEGLER. *ad* ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *tit. 18.*

VII.

Probatio integra * offerenda eſt judici intra terminum, a judice vel lege præſcriptum, ** ſub pœna præcluſionis, quia iſte terminus peremtorius eſt.

* Facile itaque patet, quid ſentiendum ſit de quæſtione; an probationi ſemel oblatæ addi poſſit nova probatio, vel in meritis, vel in modo probandi a priori diverſa? Hanc enim merito negabis, eo in caſu, quando probationi offerendæ certus terminus eſt præſtitutus. Et hoc in caſu nullius clauſula illa Practicorum reſervatoria: *ſalvo jure additionalium*; eſt utilitatis, ſi terminus ſemel ſit elapſus. Sin terminus arbitrarius, nec a judice ex officio determinatus, ad novam probationem regreſſus ſemper erit ſalvus, vid. AVTHENT. *at qui ſemel. C. de probat.* LVDOVICI *Einl. zum Civ. Proceſſ. cap. 15. §. 42.* modo tamen, ſi teſtes quis antea produxerit, idem ille eorum atteſtata nondum didicerit. NOVELL. *90, cap. 46. X. de teſtib.* add. tamen MYNSING. *Lib. 1. Obſ. 41.* & WERNHER. *P. 3. Obſ. 27.* qui notitiam atteſtatorum præciſe ex eorum ſolenni publicatione ad effectum præcluſionis hauſtam eſſe debere contendit.

** Terminus ille variat pro diverſitate judiciorum. In

 Saxonia

Saxonia continet spatium Saxonicum. Exceptiones vide in GRIBNERI *Princip. Proc. Judic. Lib. 1. cap. 3. Sect. 1. §. 2. not. a.* Sive tamen a lege, sive a judice ex officio, determinetur, ejusdem naturæ est. Primo enim uterque non consummative, ut probatio absolvatur, sed inchoative, ut offeratur, intelligendus est WERNHER. *P. 4. Obs. 241.* Deinde uterque peremtorius est, utut judex, dum eum præstituit, comminatoriam præclusi clausulam non addiderit, IDEM *P. 5. Obs. 76.* Quod & in processu summario, in quo terminus probatorius regulariter fatale non constituit, verum est, si judex eum determinaverit. Interim inter utrumque terminum hæc intercedit differentia, quod legalis statim currat, licet sententia ejus in specie non faciat mentionem, sed probationem in genere solum injungat, RIVINUS *Tit. 20. Enunc. 1.*

VIII.

Currit ideo terminus probatorius statim a tempore rei judicatæ * vel si sententia ante probationem quid expedire jubet, a die purificatæ sententiæ ** de momento ad momentum, imputatis tam divinis, quam humanis feriis, *** & semel elapsus ipso jure probationem excludit. ****

* Et quidem indistincte post decendium a momento publicatæ sententiæ, si de gravamine per injunctionem probationis illato non conquestus est probaturus, utut in aliis capitibus eam suspenderit. Sin ipsam probationis injunctionem gravaminis instar deduxerit probaturus, prius non currit,

currit, quam post decendium a momento, quo gravamen actu cessat, & res judicata adest. Conf. exempla in HORNIO *Class. 2. Resp. 64.* BERGERI *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 24. §. 15. not. 3.* & *Supplement. ad El. Disc. Forens. Tom. 2. p. 439.* WERNHER. *P. 6. Obs. 293. P. 7. Obs. 212.*

** De quo argumento confer, quæ dixi supra ad *tit. de ordin. opponend. exception.*

*** Quod inde est, quia leges nullibi constituunt, tempus, ratione cursus habita, utile esse debere. Quare merito aliud dicendum, si leges provinciales & processuales disertis verbis, ferias imputari in terminum probationis, prohibent.

**** Id omnibus fatalibus commune est, quod 1) de momento ad momentum & 2) ita quidem currant, ut post eorum lapsum ipso jure negligenti ademta censeatur facultas, actum adhuc expediendi. Quare nec opus videtur peculiari contumaciæ accusatione. Verum enim vero ob favorem probationum introductum est procul dubio, quod judices eam desertam vix declarent, nisi audito eo, qui negligens apparet. Et ideo solet pars altera contumaciam prius & desertionem accusare, judicique occasionem præfigendi terminum, in quo super desertione disceptatio fiat, subministrare. Quod tolerari omnino potest, cum æquum sit, ut illi succurrat judex, qui notam desidiæ removere valet. Plane, si cui justa restitutionis in integrum suppetat causa, eum probatione ob fatale neglectum privare nefas habetur. Imo proclives sunt judices ad restitutionem hanc iterata vice concedendam, quatenus nondum facta est sub comminatione amittendi istiusmodi beneficii WERNHER. *P. 1. Obs. 319.* & *Vol. VII. Supplement. ad d. Obs.* CARPZOV. *P. 1. Const. 16. def. 8.* ubi tamen obiter moneo, ipsum

ipſum judicem, dum probaturum moras nectere videt, tempeſtive præcavere debere per iſtam comminationem, ne beneficio abutatur in præjudicium partis adverſæ. Plane, ſi judex deprehendat ex Actis termini lapſum, eo in caſu, ubi, litigantem in reſtitutione in integrum refugium quærere poſſe, ſimul ſentit, brevi manu eundem recte reſtituit, nec deductionem beneficii expectat, ubique tamen, quando reſtituit, in expenſas negligentem merito condemnat.

IX.

Non tamen leges hic judicis arbitrium plane tollunt, ſed eidem, ut juſta ex cauſa tempeſtive petenti dilationem concedere poſſit, permittunt, modo ſecundum Praxin Juris Communis ſpatium legale plus tertia vice, & ſecundum Jus Saxonicum Electorale plus ſecunda vice non proroget. Hoc ſingulare eſt, quod illis quidem, qui beneficio reſtitutionis in integrum gaudent, præterea una adhuc dilatio dari poſſit. Ubique vero ad judicis officium ſpectat, ut a multiplicatione dilationum abſtineat. *

* Conf. STRYCK. *Uſ. Mod. D. tit. de dilat.* §. *16.* & *Introd. ad Prax. Forenſ. cap. 8.* ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 20.* §. *3.* quæ ad cohibendas nimias multiplicationes eo in caſu, ubi reſtitutio in integrum competit, hanc judici regulam dicit, ut comminationem amittendi beneficii conceſſioni adjungat. Et in genere hoc dandum eſt judici, ut facultatem plures protrahendæ

dæ litis causa petendi dilationes restringat per clausulam præjudicialem præclusi, concessioni additam.

X.

Omnis dilatio ex parte impetrantis, prærequirit verum & legitimum impedimentum, * secunda ejus summariam demonstrationem & causæ cognitionem, ** tertia solennitatem legalem. *** In Saxonia Electorali ne prima quidem absque summaria demonstratione, secunda, adhibita solennitate legali, tertia plane non conceditur. ****

* Quænam sint legitima impedimenta, jam alibi docuimus. Utut vero in foro juris communis sola in prima dilationis petitione impedimenti sufficiat allegatio, recte tamen cum BERGERO *in Oec. Jur. Lib. 4. tit. 17. n. 8.* adstruimus, falsitatem causæ postea detectam efficere, ut concessa dilatio nullius sit momenti.

** Quam demonstrationem impetrans adjungat petitioni, ne judex concessionem deneget. Ipsam hujus demonstrationis necessitatem loquitur *Recess. Imper. de anno 1654. §. 50. c. 5. X. ut lit. non contest.* add. SRTYCK. *lec. supra allegat. cap. 8. §. 7.*

*** Quæ in eo consistit, ut præter demonstrationem impedimenti impetrans ad instantiam vel partis adversæ, vel judicis de calumnia jurare debeat *cap. penult. X. de testib. Nov. 90. cap. 4.* Quia tamen judex de necessitate hujus juramenti arbitrari potest, MEV. *P. 4. Decis. 164.* facultatem etiam illi denegare non possumus, ejus præstationem remittendi, si de impedi-

pedimento, quodque impetrans a dolo absit, liquido constet, GAIL. *Lib. 1. Obs. 91. n. 6.* Imo & judicis erit statuere, quis præstare debeat istud juramentum, utrum principalis, an advocatus, an demum uterque. Interim dilationem, absque ista solennitate concessam, effectum tamen habere, cum BERGERO *El. Disc. Forens. p. 674.* recte statuit GRIBNER *Lib. 1. cap. 3. Sect. 1. §. 6.*

**** vid. d. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 20. §. 3.* Hoc unum addo, non opus esse, ut dilatio præcise idem spatium contineat, quod priori termino inerat, sed & hic judex ad brevius spatium concessionem restringere potest. WERNHER. *P. 8. Obs. 315.*

XI.

Omnis præterea dilatio petenda est ante lapsum prioris spatii, *vor Ablauff der vorigen Frist.* * An etiam ante lapsum sit concedenda, inter Doctores non convenit. ** Satius est, judicis declarationem ante lapsum urgere, *** quam in ejus silentio acquiescere, vel etiam a denegatione provocationem ad superiorem interponere. ****

* Proprie quidem ante termini lapsum prorogationem, post lapsum dilationem fieri dicunt. Verum promiscuæ in Praxi hæc verba sunt significationis. Et si dicendum, quod res est, ex lapsu termini alteri parti jam enatum est intuitu ipsius causæ jus quæsitum, quod illi eripi nequit. Nec ea judicis est auctoritas, ut legis dispositionem, quæ peremtorium jubet esse terminum probatorium, infringere possit facto suo.

** Duæ

** Duæ hic probe sunt discernendæ quæstiones. Prima est; an judex dilationem tempestive petitam post lapsum fatalis adhuc concedere possit? Quod merito affirmamus, quia impetrans ex sua parte omnia fecit, quæ ipsi incumbebant, RIVINUS *Tit. 20. En. 88. Tit. 21. En. 36.* Quod tamen WERNHER. *P. 2. Obs. 405.* ad eum restringit casum, si impetrans contra denegationem non simul provocavit ad superiorem. Tum enim judici ob appellationem, quam spatio nondum elapso vilipendit, facultas post lapsum dilationem concedendi ademta videtur. Secunda est: an dilatio petita, si judex plane sileat, nec expresse deneget, vel concedat, haberi possit pro concessa, an magis denegata sit censenda. Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 20. §. 5.* rem totam judicis, a quo dilatio est petita, arbitrio relinquit, velitne ille concessam an denegatam declarare dilationem. In foro juris Communis benignior omnino, & ob præjudicium probaturo alias oriundum æquior est sententia BERGERI *in Elect. Disc. Forens. p. 671.* MEVII *P. 5. Decis. 261.* aliorumque, qui tacite concessam defendunt dilationem, maxime, si judex non plane siluit, sed petitioni verba: *ad Acta*; inscripsit. Imo in puncto juris etiam verior hæc videtur opinio, cum notissimi juris sit, tacentem, qui loqui debebat, nec tamen loquitur, consentire.

*** Ex antecedentibus constat, rem periculi plenam esse, ab arbitrio judicis pendere in causa tam gravi, & opinioni Doctorum, omnium calculo haut approbatæ, salutem committere. Quapropter id capiat consilii, qui dilationem impetravit, ut judicem sæpius interpellet, ejusque declarationem provocet. Si nihilosecius sileat, pu-

tarem, eundem a dolo non esse alienum, & eo nomine obligatum, ut petenti, maxime, si justa fuerint impedimenta, de damno respondeat, minimum crederem, restitui posse petentem contra lapsum ex clausula Prætoris generali. Dum vero judex concedit dilationem, ut Acta rem expresse loquantur, necesse est, impetranti vero testimonium speciale concessæ dilationis, nisi stylus Curiæ aliud exigat, exhibere non debet judex.

**** Frequens illa Practicorum est cautela, ut contra denegationem petiti appellationem interponant, nec judicis decretum prius expectent. Attamen parum roboris habere videtur hæc provocatio, estque plerumque indicium malæ causæ, cum judex, si justa dilationem concedendi adsit causa, eandem vix denegare soleat, sin talis desit, dilationem concedere non debeat, utut appellaverit impetrans. Et re ipsa ejusmodi provocatio respicit gravamen aliquod, futuris contingentibus merito annumerandum. Consultius est, judicis expectare decretum, & ab eo, si rejectorium est, appellationem interponere. Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 20. §. 6.* hunc casum sequentem in modum ordinat. Primo sibi decisionem reservat. Quæ deinde, si rejectoria est, & desertionem probationis & mulctam operatur. Sin concedat dilationem, eam tamen non a die decreti, sed statim a momento elapsæ prioris dilationis computari, & interea eventualiter probationem vel judici a quo, vel judici ad quem, offerri jubet.

XII.

Cæterum omnem dilationem non a die concessionis, sed a momento elapsi prioris termini demum currere, rationis est, sive

ſive ſimpliciter, ſive addita clauſula: *Nach Ablauf der vorigen* data ſit * Expreſſe tamen ea conditione conceſſa, ut currat a dato, merito a momento conceſſionis currit. **

* Ita cum WERNHERO *P. 8. Obſ. 310.* ſentio, & quidem, ni fallor, recte, cum alias facile fieri poſſet, ut, qui breve dilationis ſpatium poſtulaſſet, nullum ex conceſſa dilatione ſentiret commodum.

** Non a die inſinuati decreti, niſi vel judex hunc terminum a quo expreſſe præſtituerit, vel ſtylus curiæ ejusmodi decretum præciſe exigat. Alias enim notiſſima Practicorum regula eſt: Judicem obligatum non eſſe, ut de decreto impetrantem reddat certiorem, ſed jura vigilantibus eſſe ſcripta, & ad partes impetrantis pertinere, ut, quæ judicis ſit ſententia, ab eodem non admonitus, ex Actis diſcat.

XII.

Suſtinet vero omnis ille, contra quem probatio ſuſcipitur, vices rei, & favore defenſionis fruitur, vi cujus ipſi integrum eſt, per modum reprobationis contrarium ejus, quod probans aſſerit, evincere. * Eaque defenſio nemini deneganda eſt, utut eam neque ſibi reſervaverit, neque judex ipſi expreſſe conceſſerit. **

* Subſidiariam eſſe hanc probationem, & tum demum neceſſariam, quando cauſa adverſarii ita comparata

parata est, ut inde præjudicium nobis immineat, nemo non facile deprehendit. Secure igitur eam omittit reus, si actor vel probationem intentionis deseruerit, vel eidem renunciaverit, vel etiam probationem oblatam minus caute conceperit, aut ad thema probandum non rite accommodaverit. Tritissimum enim & omnino verum est brocardicum: Actore non probante reum esse absolvendum. Idem judicium esto, si reo probatio exceptionum sit injuncta, & actori reprobatio competat. add. MENCKEN *Tract. Synopt. Proc. Disp. 11.* §. 4.

** Quod unice a favore defensionis est derivandum. Nec enim judex beneficia, a legibus concessa, facto vel negligentia sua cuiquam adimere potest. ZIEGLER. *ad Ord. Proc. Saxon. Tit. 21.* Superflua igitur est Practicorum cautela, dum clientibus reprobationem reservant. Operatur tamen formulam sententiis interlocutoriis addi solitam: *darwieder Beklagten sein bedingter Gegenbeweiß &c. &c.* Quamvis ne eo quidem in casu, quo pars reprobationem expresse reservavit, & judex in sententia nihilosecius eam omisit, eadem ipsa ademta censeatur. ZIEGLER. *d. l.*

XIV.

Hanc defensionem reus probationi exceptionum recte adjungit, imo adjungere debet, quia cuilibet parti una tantum probatio conceditur, & probatio probationis non datur. Actor vero eandem cum probatione intentionis per anticipationem conjungit, &, mediantibus articulis elisivis, expedit. *

* Conf.

* Conf. BERGER. *Diss. de articulis elisivis.* Inde dijudicari potest quaestio, quam supra jam tetigimus, an reo liceat, reprobationi immiscere novas exceptiones, olim non oppositas? Quam, miror, affirmative decidere WERNHERVM *P. 5. Obs. 106.* quod ad exceptiones facti attinet, cum, iis actionem penitus excludi, & ideo in executione easdem admittendas esse, censeat. Sicut enim ultima ratio procul dubio praesupponit casum, has exceptiones in continenti liquidas, &, quia actorem statim in dolo constituunt, ex aequitate admittendas esse, quamvis si strictum jus respicias, adhuc ea de re dubitare posses, postquam *Rec. Imper. de anno 1654. §. 37.* reo oppositionem exceptionum sub poena praeclusi injunxit; ita, nescio, an idem dici possit de casu, si reus illiquidas exceptiones per modum reprobationis deducere vult, quas antea reticuit. Certe quilibet videt, reum hoc ipso actori eripere facultatem se defendendi contra has exceptiones. Quare vix reo permittere possumus deductionem exceptionum, quas praevidere non potuit actor, quin simul actori concedamus jus, contra easdem novam probationem offerendi. Caeterum, cum replica habeat favorem exceptionum, eaque ipsa per articulos elisivos expediatur, cognitu est facile, actori eadem beneficia replicae intuitu esse concedenda, quae reo tribuuntur intuitu exceptionis.

XV.

Est autem haec defensio ad idem spatium adstricta, quod probationi praestitutum est, eodemque modo, & eadem solennitate absolvitur, quam ipsa probatio,

tio, ſive cum hac conjungatur, ſive ſola expediatur, requirit. *

* Et priori quidem in caſu ideo dubium oriri nequit, quia pars ſit probationis, eodem jure, quo principale, cui cohæret, æſtimanda. Poſteriori autem in caſu natura correlatorum ſatis evincit, probationem & reprobationem eodem jure cenſendam eſſe. Quæ ratio etiam movet, ut exiſtimem, ſpatium extraordinarium certis in cauſis probationi aſſignatum, in reprobatione quoque obſervandum eſſe.

XVI.

Hoc ſolum ſupereſt, ut ſciamus, a quo tempore ſpatium reprobationi deſtinatum currat. Et de reprobatione quidem cum probatione intentionis vel exceptionis conjuncta certiſſimum eſt, quod idem habeat initium, ac ipſa probatio. Reprobationis autem, quæ probationem ſequitur, initium, ſi a foris Saxoniæ Electoralis diſceſſeris, * ab illo momento currit, quo reprobaturus certior fit, probaturum abſolviſſe probationem, ** niſi forſan ante hanc certiorationem ſeſe ad reprobationem ſponte obtulerit, tum enim a die oblationis ſpatium computatur. ***

* In his enim vi diſpoſitionis ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 21.* §. *1.* ſpatium reprobaturo currit a momento, quo articuli probatoriales producto ſunt inſinuati. Quo nomine Actuarii cauti eſſe debent,

bent, ne defectus registraturæ insinuationis incertitudinem pariat.

** Triplici præsertim ratione certior redditur ille, contra quem probatio suscepta est, nihil superesse, quod ad ejus absolutionem spectat. Primo eum admonet sententia judicis superiis, quæ probationis intuitu incidenter in controversiam venerant, lata. Tum enim, si nihil supersit, quod ad examen testium, aut productionem & recognitionem documentorum pertinet, statim a tempore rei judicatæ terminus reprobatorius currit, sive sententia reprobationis mentionem injecerit, sive non. Deinde monet citatio judicis, ad instantiam ejus, qui per testes tantum probavit, emissa, ut progressus fiat ad disputationes attestationum. Jam enim currit spatium sequenti die post diem insinuationis, cum hic in fatale vix imputetur, WERNHER. *P. 9. Obs. 105.* Nec sistit cursum fatalis prorogatio termini petita & impetrata, RIVINVS *Tit. 21. Enunc. 2.* MENCKEN *Disp. 20. §. 5.* Denique monet citatio judicis ab eo, qui per documenta solum probavit, impetrata, ut super efficacia documentorum disceptatio instituatur. Quo in casu idem juris est, quod in priori. Quodsi vero probatio partim per testes, partim per documenta peracta sit, citatio isto effectu destituitur, nisi emissa sit, postquam absolverit probaturus omnia, quæ ad utrumque modum probandi pertinent. BERGER. *Supplem. El. Disc. For. Tom. 2. p. 505.*

*** Ita quidem, ut reprobatio, intra spatium non oblata, deserta sit, utut ea, quæ ad probationem spectant, nondum sint absoluta. Imputet enim sibi reprobaturus, quod defensionem anticipaverit, RIVIN. *d. l. Enunc. 14.* MENCKE *d. l. §. 6. & 14.* Idem juris erit procul dubio, si for-

 san

ſan lex provincialis reprobationem arbitrio mero ejus, qui defenſionem parat, permittat, certumque terminum a quo haut determinet.

XVII.

Caveat tamen reprobaturus, ne vel atteſtata teſtium publicari permittat, vel ad diſceptationem ſuper efficacia probationis ſeſe accingat. * Hoc ipſo enim reprobationi tacite renunciaſſe cenſetur. **

* Quod inde eſt, quia eum, qui atteſtata didicit, a probatione plane excludunt, NOV. *70. cap. 4.* ORDIN. CAMER. *P. I. Tit. 74.* Et qui ad diſputandum accedit, præſumtive declarat, nihil eſſe, quod reprobando moneat, BERGER. *El. Diſc. Forenſ p 700.* Quare nec proteſtatio, tanquam facto contraria, quicquam operabitur, MENCKEN *d. l. §. 8.* Solent ideo Practici, ſimulac de intentione ejus, qui probavit, certiores fiunt, tempeſtive proteſtationem contra publicationem atteſtationum, & termini exiſtentiam interponere, & ſeſe de intentione offerendi reprobationem declarare. Non tamen, exiſtimo, adeo neceſſariam eſſe hanc proteſtationem, quin nihiloſecius, qui ea omiſſa ante terminum publicationis vel diſceptationis reprobationem offert, audiendus ſit. GRIBNER *Lib. I. cap. 3. Sect. 5. §. 3.*

** Quod tamen ad eum caſum neutiquam eſt extendendum, ſi vel judex ante lapſum termini publicationi præſtituti, vel contra proteſtationem, atteſtata teſtium publicet, quia, quod ſæpius diximus, judex facto ſuo beneficiis juris neminem privare poteſt. GRIBNER. *d. l.* Præterea etiam reprobaturo non nocebit, licet aliunde, quam ex

legiti-

legitima publicatione, atteſtationes teſtium didicerit v. c. ex teſte ipſo, per incuriam actuarii in aſſervando rotulo, GAIL *Lib. 1. Obſ. 105. n. 3.* MEVIVS *P. 3. Obſ. 345.* WERNHER *P. 3. Obſ. 27.* modo tamen a dolo alienus ſit, nec per fraudem notitiam comparaverit; hoc enim in caſu, ſi indicia adſint, juramentum legale purgationis illi dictari poſſe, omnino puto.

XVIII.

Quod reliquum eſt, probatio æque ac reprobatio ita concipienda eſt, ut 1) depromatur ex viſceribus libelli, vel exceptionum, * 2) ut thema probandum accurate definiat, ** 3) ut quælibet circumſtantia peculiari articulo includatur, *** 4) articulus quilibet affirmative concipiatur **** & 5) ſingulis articulis modus probandi, quo uti vult probaturus, ſubjiciatur. *****

* Quod ita intelligendum, ut probaturus ea tantum capita tractare debeat, quæ in controverſiam hucusque abierunt, nec alia, de quibus non diſputatum, immiſceat. Singula vero capita probanda plenius illuſtrare, & explanatius ſiſtere, eoque nomine adminiculis & rationibus novis fulcire, tantum abeſt, ut prohibitum ſit, quin potius id ipſum primario curæ cordique eſſe debeat probaturo.

** Eſt enim regula Practicorum: quæ probata non relevant, nec in probationem ſunt deducenda; omnino vera. Et ideo ne judex quidem impertinentia facile admittere debet, maxime, ſi notoria ſint. MEVIVS *P. 5. Dec. 117.* Eo majori au-

tem circumſpectione hæc evitabit probaturus, quo certius eſt, nullam inde propullulare utilitatem. Verum non abſtineat ſolum ab inutilibus, ſed e contrario etiam id agat, ut in probatione id, quod cardo rei eſt, tangat, ne ſe ipſum effectu probationis privet, & pœnam temere litigantium provocet.

*** Articulos quam maxime commendat brevitas & perſpicuitas, multumque incommodi habent articuli in longius protracti, quæque in una propoſitione plures circumſtantias male conjungunt. Quapropter, ne vel ſibi noceat probaturus, caveat idem ille, ne πολυλογίαν contineant articuli. Qua occaſione non poſſum, quin reprobem incuriam Practicorum, in foro Juris Communis, qui modum probandi per articulos ad probationem per teſtes reſtringunt, reliquos omnes tumultuarie expediunt. Quam mira enim inde oriatur proceſſus confuſio, ſæpius iidem proprio experiuntur damno.

**** Quod non eum ſenſum habet, ac ſi articulus non poſſet comprehendere propoſitionem negativam, ſed ita accipiendum eſt, ut quilibet articulus per vocabulum *wahr* concipiatur.

***** Verb. grat. *dieſer Articul erhellet aus dem Documento ſub A. Uber dieſen Articul wird hiermit der Eyd deferiret. Bey dieſem Articul wird um Ocular Inſpection gebeten.*

XIX.

Sigillatim hic ordo commendat articulos, quando probaturus 1) occaſionem litis præmittit, 2) ea, quæ facti, & ab altera parte, occaſione litis in judicium deductæ, negata ſunt, ad liquidum deducere conatur, 3) quæ intentioni obſtant,

stant, sive jam opposita sint, sive eadem opponi posse, prævideat, ita quidem removet, ut argumenta contraria refutet, vel minimum, ne fateri quicquam videatur, contradicat, 4) argumenta juris, si id e re videatur, convenienti loco intermiscet, & asserta rationibus fulcit, 5) ex præmissis apte concludit & infert, demum 6) petitum pro qualitate causæ formet.*

* Est enim, si probationis summam spectes, ipsa probatio jurium plenaria deductio & contrariorum refutatio, quam, si ita conceperit Advocatus, ut, demto cuilibet articulo vocabulo *wahr*, omnia, una tanquam oratione comprehensa, apte cohæreant, laudem omnino merebitur. Interim patet, in varias ipsos articulos abire species. Alios facti, alios conclusivos & illativos, alios elisivos esse vides, alios, quæ meram negationem vel contradictionem continent, negativos vocabis. Et hi etiam utilitate non carent, cum vel ideo, quod probaturus tantum contradixerit, vel fundamentum asserti contrarii simpliciter negaverit, pars adversa ex silentio lucrum quærere, & tanquam ex tacite concessis disputare non possit, probaturo vero, si pars altera assertum rite non probaverit, de defectu probationis excipiendi oriatur occasio.

XX.

Quod autem diximus, probaturum articulis modum probandi subjicere debere, id, probationis intuitu, quæ per testes peragitur, ita accipiendum est, ut sub finem

nem articulorum, sive ad omnes, sive ad quosdam, respondere debeant testes, addatur directorium, integra testium nomina & locum domicilii eorundem, * ut & indicem articulorum, super quibus testes singuli examinandi sint, continens. Quod ipsum judex deinde sub pœna nullitatis præcise sequi debet. **

* Quemadmodum enim testium nomina integra, evitandæ æquivocationis causa, neve error in persona committatur, exprimenda sunt, ita producens eorum domicilium silere nequit, quo sciat judex, utrum suæ an alterius jurisdictioni subsint.

** Hoc tamen non ita intelligendum est, tanquam judex præcise ordinem personarum intuitu præscriptum sequi debeat, STRYCK *Introd. ad Prax. Forens. cap. 18. §. 13.* sed is sensus est, quod judex testem super articulis, in directorio non expressis, examinare, alius, quam nominati testis notitiam super articulis requirere, aut addere vel demere quid pro lubitu non possit. Cæterum cautus sit, qui directorio examen testium non posse carere sentit, ne vel plane id ipsum omittat, vel fatale probationi destinatum effluere sinat, vel minus considerate conficiat. Eo enim omisso judex testes singulos ad singulos articulos recte examinat. Fatali probationis elapso non amplius admittitur directorium. Imo tempestive etiam oblatum, mutationem, termino probatorio præterlapso, non admittit. MENCKEN. *Disp. 20. §. 9.*

XXI.

Si vero quis documentis tantum utatur,

tur, vel ea cum probatione per testes conjungat, eadem certis signis distinguere * & sub iisdem loco convenienti ita inducere fas est, ut sub finem articuli, qui circumstantiam, per documentum probandam, loquitur, probaturus ad ipsum documentum sese referat. ** Praeterea intentioni probaturi convenit, ut articulis, coronidis loco, eodem modo, quo directorium addere solet, adjungat specificationem documentorum, eorumque sub signis, quibus usus est antea, specialem designationem. *** Denique necesse est, ut copias documentorum, quae possidet, iisdem signis distinctas, probationi addat. ****

* Noluit vero Legislator Saxo, in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 24. §. 2. in fin.* ut Practici hac occasione indulgerent ingenio suo, &, nescio, sub quibus characteribus vel signis, inducerent documenta, sed jussit, ut litteris solum, numeris, vel planetis eadem signent, aut mulctam subeant. In foro Juris Communis hunc rigorem non agnoscunt, sed verbis saepius derisoriis v. c. Ecce, Vide, Cave, Veritas, Evidentia &c.&c. documenta distinguunt.

** Hoc generali formula fit: *Dieser Articul wird durch das Documentum sub A. bewiesen.* Et Saxones certe haec omnia, quae de inductione documentorum diximus, ipsamque necessitatem, probandi per articulos, qualicunque demum

probandi

probandi modo quis utatur, ad formam probationis ſolennis requirunt. Quemadmodum vero in foro Juris Communis ne articulos quidem conficere ſolent, quando documentis utuntur, ita etiam inductionem & ſpecificationem eorundem parum curant, ſed judici probaturus copias documentorum, quas tamen ſignis diſtinguere ſolet, brevi manu exhibet, eorum contenta, quatenus probationi inſerviunt, refert, & petitum, naturæ rei conveniens, addit.

*** In hac ſpecificatione probaturus documenta, quibus utitur, deſcribit, &, pro quibus ea haberi velit, *wofür er ſie ausgebe*, ſollicite addit, eum in finem, ut partis adverſæ ſpecialem horum documentorum provocet recognitionem, & majorem probationi conciliet efficaciam. Sic v. c. ſi quis teſtamentum ſub ſigno A. induxerit, utitur in ſpecificatione formula A. *iſt ein von Titio am 7. Nov. 1737. errichtetes von Richter und Schœppen aufgenommenes Teſtament.*

**** Hoc minimum ubivis ad formam probationis per documenta requiritur, ut copiæ horum exhibeantur judici, quo & ille, an & quænam vis probandi iis inſit, judicare, & pars adverſa, prævia communicatione, deliberare poſſit de exceptionibus, quas contra documenta habere debet ſalvas.

XXII.

Ipſam demum probationem rite confectam judici probans offerre ſolet, additis literis, per quas rogat ſpecifice, ut jam judex expediat ea, quæ ſunt partium ſuarum, quæque ad perficiendam & abſolvendam proba-

probationem, qua utitur probans, pertinere videntur. * Cæterum, qui probationem tempeſtive obtulit, caveat, ne negligentiam ſupinam in admonendo judice negligente committat, cum alias & illi ſocordia judicis nocere, & probatio ideo deſerta declarari poſſit. **

* Ut tamen probans ipſe vel ejus advocatus oblatam probationem ſubſcriptione confirmet, aut offerat, vix eſt neceſſe, nec ideo, ſi partes ſuas hac in re neglexerint, probatio eſt deſerta, modo alia pateat ratione, probationem voluntate aut juſſu principalis judici eſſe oblatam, MENCKE *Diſp. 20.* §. 7. Ergo, ſi dubia res ſit, eandem circumſtantiam judex conſcientiæ probantis recte committit, WERNHER *P. 5. Obſ. 243.*

** Ita ORDIN. PROC. SAX. VET. *Tit. 20.* §. *6.* Quænam vero ſit ſupina negligentia, arbitrabitur judex, RIVINVS *Tit. 20. En. 53.* WERNHER *P. 6. Obſ. 376.*

CAPVT II.
DE
PROBATIONE PER TESTES.

§. I.

PRobationem per teſtes abſolvi non poſſe, niſi judex teſtes evocet, & examen eorum ſuſcipiat, per ſe patet; Igitur hoc ſpectat ad partes judicis, ut terminum præfigat, ſigillatim probantem,

tem, ut in termino præsens, & de productione testium sollicitus sit, commonefaciat, illum, contra quem probatio suscipitur, ad videndum jurare testes, & danda interrogatoria, communicatis simul articulis, * citet, testibus denique, qui ejus jurisdictioni subsunt, comparitionem injungat, vel judicem testium extraneum, mediante requisitione, de examine eorum ordinando imploret.

* Est quidem hæc citatio ratione producti monitoria solum, & ejus favorem respicit, nec tamen omitti potest in processu ordinario, & judex, qui progreditur ad examen, omissa communicatione articulorum, eoque ipso productum beneficio exhibendi interrogatoria privat, nulliter agit, WERNHER. *P. 4. Obs. 147.*

II.

Quemadmodum vero judex, quos notorie inhabiles deprehendit testes, ne citare quidem debet, sed ex officio statim rejicere potest; * ita e contrario testes citati præcise comparere, aut justas denegandi testimonium causas allegare & probare tenentur. ** Quod, nisi faciant, judex eosdem ad testimonii dictionem recte cogit.

* Recte LEYSERUS *in specim. 283.* adstruit, arbitrium judicis unicum doctrinæ de testibus esse fundamentum. Loquitur enim cum *L. 3. §. 2 de testib.*

testib. & *L. 13. de testib.* variisque praejudiciis confirmat hanc veritatem, quod & judex aliquando testem alias inhabilem admittere possit. Sicuti vero eousque procedere non debet judex, nisi singulares omnino adsint circumstantiae, ita regulariter probe discernat testes, qui plane inhabiles sunt, ab iis, quorum fides suspecta est. Illi enim omnino repellendi sunt, hi omnino admittendi sunt. Sed nescio, qui fiat, ut judices has partes sibi demandatas esse haut putent, ut auctoritatem ex officio interponant. Videmus enim eosdem ad evocationem testium cujuscunque generis facillimos, omnem de inhabilitate eorum quaestionem litigantium disceptationi relinquentes. Quod extra casum, quo testium habilitas dubia est, vix permittendum esset. Hoc singulare est in Saxonia Electorali, quod, si probans denominet testes extraneos, vel plures in diversis locis habitantes, super una eademque circumstantia examinandos, a probante, ejusque Advocato, exigi possit juramentum malitiae, sub poena pecuniaria, vel etiam ex parte Advocati, suspensionis a Praxi per tempus quadrantis anni, praestandum, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 23. §. 1.*

** In Saxonia Electorali secundum ORDIN. PROC. *Tit. 22. §. 1.* testis sub poena quinque Imperialium citandus, & nisi compareat, in eam condemnandus est. Nec enim illi permittitur, ut excusationes in scriptis allegare possit, nisi plane in dubium vocari nequeant, sed eas in termino ipso proponere, & judicis decisionem expectare debet. Qui, si eum a testimonii dictione immunem pronunciat, producentem indemnitatis praestatione simul onerat. Sin testimonii dictio injuncta sit, vel stare sententiae, vel, si ad

trans-

transmissionem provocet, sumtus subministrare & in casum succumbentiæ pœnam qninque Imperialium exsolvere debet testis. In foro juris communis vel causas denegandi testimonii in scriptis deducere, & decisionem judicis expectare sufficit.

III.

Inter excusandi tamen causas vix referri potest defectus sumtuum, quos ob iter in locum judicii suscipiendum testis erogare debet, quamvis omnino obligatus sit producens, ut eo nomine testes præstet indemnes. *

* Producentem testi ad impendia teneri, expediti juris est, *L. 11. C. de testib. L. 16. §. 1. C. Eod.* Sed hoc cum MARTINI. *Tit. 20. §. 1. n. 464.* & BERGERO *Elect. Disc. Forens. p. 726.* eo extendere non possum, ut testi sumtus, ante quam veniat, exsolvendi sint, cum cognitu difficile non sit, non posse non hoc prætextu judicium in longius differri, multumque discriminis enasci ex inani lite super liquido sumtuum instituenda. Merito itaque cum WERNHERO *P. 6. Obs. 370.* adstruo, testem comparere debere, & testimonium ferre, postea vero sumtus designare, & judicis moderationem expectare. Aliter tamen placuit Electori Saxoniæ, qui in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 22. §. 3.* producenti injungit, ut vel statim cum articulis sumtus offerat, vel ante lapsum trium septimanarum sub pœna dupli, inter judicem & testem dividenda, judicialiter deponat. Ne vero lis super quantitate oriatur, publica lex testibus nobilibus, iisque, qui horum privilegiis gaudent, iter quatuor milliarium duobus Imperialibus compensari, & præterea sumtuum nomine, quos,

quos, dum in loco judicii commorantur, impendere debent, in dies duos Imperiales exſolvi jubet. Reliqui honoratiores dimidium quantitatis prædictæ, homines plebeji, pro quolibet milliari 4. groſſos, & ſumtuum nomine in dies 6. vel 8. groſſos accipiunt.

IV.

Sigillatim, quando teſtes citantis jurisdictioni non ſubſunt, judicis cauſæ eſt, ut eorum judici ordinario, qui pacto obligationem, teſtem ad forum cauſæ ablegandi, in ſe non recepit, examen committat, illumque eo nomine, communicatis ſimul articulis probatorialibus, per requiſitoriales roget. Quo facto judex teſtis ordinarius eadem formalia in citandis teſtibus, & partibus litigantibus, obſervat, quæ ad ſolennitatem examinis peragendi pertinent. Nec minus eædem partes ſunt teſtium, & litigantium, quæ incumbunt illis, quando judex cauſæ examen dirigit. *

* Sed facile patet, multum temporis, & plus ſumtuum eſſe impendendum, ut hoc examen teſtium rite abſolvatur. E re itaque viſum fuit Electori Saxoniæ, ut & has ambages præſcinderet. Juſſit ideo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 22. §. 4.* ut judex cauſæ trium ſeptimanarum ſpatium producto concederet, intra quod interrogatoria judici requirenti offerre, & exceptiones contra perſonas

nas testium urgere posset. Hoc, si facit productus, judex requirens de exceptionibus statim arbitratur, &, nisi eo nomine quid amplius obstet, cum articulis simul interrogatoria transmittit. Sin negligens fuerit productus, interrogatoria & exceptiones statim perdit. Ipsum vero examen judex requisitus absque ulteriori ambage expedit, nec partes litigantes amplius curat, quæ tamen, si velint, actui jurandi suis sumtibus interesse possunt.

V.

Sive vero testes citati in termino compareant, sive emaneant, neque tamen producens, neque productus, citra grave sui præjudicium in termino productionis emanere potest. Producens enim, qui officio suo deest, probationem ipsam deseruisse censetur, * & judex ad alterius partis instantiam testes declarat pro amissis. Productus vero contumax, jure suo ratione interrogatoriorum & exceptionum contra personas testium se ipsum privat, & judex, ne expectata quidem solenni contumaciæ accusatione ** ad examen testium præsentium *** progreditur.

* Quod generale est, & ad omnes probationes, quibus producens utitur, applicandum. Ob suam enim contumaciam in termino productionis testes, documenta, juramenti delationem perdit, pœnamque desertæ probationis incurrit, add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 20. §. 7.*

etiamsi

etiam judex de termino productionis eum certiorem haud reddiderit, WERNHER. *Compend. Jur. Lib. 4. Tit. 16.* §. 1. KRAUSE *Tract. Synopt. Proc Lib. 1. cap. 3. Sect. 2.* §. 7.

** Qua tamen opus est, si probans præterea documentis vel juramenti delatione ad probandum utatur, GRIBNER. *Princip. Proc. Lib. 1. cap. 3. Sect. 2.* §. 3. *not. a.*

*** Ergo hoc præjudicium cessat intuitu testium absentium postea in novo termino præfixo examinandorum, WERNHER. *P. 3. Observ. 3.* cum, quod infra videbimus, neque contra testes excipere, neque interrogatoria offerre quis debeat, antequam ad examen testium progreditur judex.

VI.

Producentis igitur comparentis hæ sunt partes, a) ut testes producat in ipso termino * & b) præsentes quidem realiter, ** quod eum effectum habet, ut testes jam fiant communes, *** c) absentes vero formaliter, **** addita contumaciæ accusatione, & petito pro arctiori citatione decernenda. *****

* Vid. RIVIN. *Tit. 20. Enunc. 52.* MENCKE *Disp. 10.* §. 16. Non tamen præcise requiritur, ut testes producat horis matutinis, sed sufficit, eosdem producere antequam claudatur judicium. RIVIN. *Tit. 20. Enunc. 58.* BERGER *Oecon. Jur. Lib. 4. tit. 24.* §. 14. WERNHER. *P. 7. Obs. 78.*

** Vi hujus requisiti producens testes præsentes actualiter & nominetenus judici sistere, nec dicere tantum debet, se testes producere. Parum enim abest, quin producenti necessitatem imponant,

manum injiciendi testi, eumque ad judicem deducendi. Memini certe, testem, qui præsens erat, & foras extra judicii cancellos obambulabat, expectans, donec vocaretur, declaratum esse amissum, hoc solo prætextu, quod actualiter non esset productus. At enim vero inutilem hanc subtilitatem judicat ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 20.* §. 7. & producenti hoc unum injungit, ut in termino compareat. Nec enim necesse est, ut judicem ulterius officii sui admoneat, sed hic, vel ad simplicem implorationem, vel ex officio, quæ partium suarum sunt, expedire debet.

*** Productio enim testis alteri parti ratione testis tribuit jus quæsitum, ut ejus depositiones in suos convertere possit usus, eodemque teste pro sua defensione uti. Quare producenti, testem semel productum revocare, non permittitur. *Er kan den Zeugen nicht wieder fallen lassen.* Imo inde etiam est, quod contra testem suspectum, quem quis pro se antea produxit, excipere non liceat, si altera pars eundem reproducat, vel ejus depositiones suas faciat.

**** Solenni nimirum formula: *Er wolle hiermit die testes absentes*, (quorum nomina simul exprimere fas est) *tanquam præsentes produciren.* Attamen recte monet GRIBNER *Princ. Proc. Judic. Lib. 1. cap. 3. Sect. 2.* §. *2. not. 6.* & minus necessariam, & inanem esse hanc formulam, cum ne quidem communem faciat testem, tantum abest, ut exceptiones contra ejus personam, & interrogatoria, si postea præsens producatur, excludat. Quare sufficit omnino, accusare emanentis contumaciam, & arctiorem citationem urgere. Imo ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 20.* §. 7. & hanc, contumaciam testis accusandi, necessitatem remittit.

***** Quo

***** Quo nomine jam judex pœnale mandatum & compulforiales decernit, vel fi jam antea tefti pœnam minatus fit, eandem exafperat, add. d. ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 22. §. 1.*

VII.

Productus deinde, fi producens officio fuo fatisfecerit, in termino a) exceptiones, fi quas contra perfonas teftium habeat paratas, allegat, vel minimum, ne fimpliciter eos approbaffe videatur, quævis competentia contra perfonas fibi refervat, poftea, quando ad difceptationem fuper atteftatis teftium progreffus fit, deducenda, * b) contra articulos, quos vel impertinentes, vel irrelevantes deprehendit, ** excipit & proteftatur, *** c) denique interrogatoria exhibet, & judicem, ut fuper iisdem teftes fimul examinet, rogat. **** Hoc facto producens objectiones contra teftes vel articulos removere ftudet, &, fi interrogatoria ita comparata deprehendit, ut juftam contradicendi fuppeditent caufam, ea de re judicem certiorem reddit, eumque de iisdem rejiciendis monet. *****

* Generatim, ubi fuper admiffione vel rejectione teftium, articulorum, vel interrogatoriorum controverfia oritur, probe difpiciat excipiens, fitne dubia, an certa teftium inhabilitas, articulorumque & interrogatoriorum impertinentia. Ut enim

posteriori in casu vitio nemini verti potest, quando extrema tentat, ne admittantur, quo praejudicium avertat; ita priori in casu plerumque incassum laborat, qui contra admissibilitatem excipit, cum judex, ne vel lis in longius protrahatur, testes aeque ac articulos & interrogatoria admittere soleat. Nec immerito. Id ipsum enim semper fit salvo cujuscunque jure, nec adimit facultatem, postea in disputatione attestationum exceptiones suas allegandi & deducendi. Praestat igitur hoc in casu competentia sibi reservare. Imo, utut protestando quis jus suum conservare non studeat, nec judex id ipsum in sententia reservet, non tamen, eundem beneficio privandum esse, puto, quod lex illi tribuit.

** Sunt autem articuli irrelevantes, qui circumstantias continent, quae decisioni causae, utut probatae, non inserviunt. Impertinentes autem eos vocabis, qui circumstantias plane novas ad factum controversum spectantes continent, de quibus antea nulla lis fuit agitata.

*** Summam igitur probans adhibeat circumspectionem, ne inutilia & nova articulis admisceat, utilia vero, & ea, quae ad causam ipsam spectant, omittat. Quodsi enim judex rejiciat articulos, fieri non potest, quin ipsa probatio simul declaretur deserta, cumprimis, quia ad terminum peremtorium adstringitur, & ne judex quidem facultate gaudet, ad novam probationem concedendi regressum. WERNHER. *P. 1. Obs. 286.*

**** Facile itaque patet, interrogatoriis vel ideo, quia examini testium magis accurate instituendo inserviunt, prius opus non esse, quam si examini a judice suscipiendo quid amplius non obstet. Quapropter, si vel testis examinandus absens sit, vel contra ejus admissionem protestetur productus

ductus, vel contra articulos, super quibus examen instituendum est, excipiat, ut interrogatoria idem ille exhibeat, nulla urget necessitas. Imo ne poterit quidem salvo jure eadem offerre, cum simul stare non possit, contra testis admissionem vel articulos protestari, & interrogatoria, super quibus testes examinet judex, exhibere, add. RIVIN. *Tit. 20. Enunc. 48.* MENCKEN. *Disp. 10. §. 10.* WERNHER. *P. Obs. 348.* In Saxonia tamen Elector. vi ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 20. §. 8.* producto, eo minimum in casu, si contra testes vel articulos non excipiat, necessitas, interrogatoria in termino productionis præcise exhibendi, imposita videtur.

***** Quæ cum ita sint, nec dubitabit quispiam, quin eo nomine interrogatoria ante examen & judici exhibenda, & cum producente communicanda sint. Quod tamen absque solennitate, & ita peragitur, ut confestim post oblationem copia inspiciendi interrogatoria concedatur petenti. Peculiari decreto enim non est opus.

VIII.

Super his igitur circumstantiis, si lis oriatur inter partes, quæ in simplici jurium reservatione non subsistunt, judicis jam est, ut, satis audita utraque parte, & prævia vel orali vel scripta jurium deductione, litem per sententiam interlocutoriam finiat, testesque vel habiles vel inhabiles declaret, articulos item & interrogatoria aut admittat aut rejiciat vel ipse, vel adhibito in consilium Collegio Juridico *

* Vi ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 22.* §. 2. *Tit. 20.* §. 8. parti, quæ in laudo judicis acquiescere novult, transmissio non nisi suis sumtibus peragenda, & sub comminatione pœnæ 5. Imperial. in casum succumbentiæ deponendæ conceditur, nec remedium suspensivum contra talem sententiam facile recipit judex.

IX.

Ut autem sciamus, quid juris sit circa interrogatoria, quemque usum præstent, hæc addere placet, esse eadem quæstiones speciales, occasione probationis per testes a producto formatæ, eum in finem, ut ex responsione ad eadem speciali partim constet de testium fide, & ratione testimonii, partim examen super articulis magis distincte & ad singulas circumstantias expediatur, eoque ipso veritas vel falsitas assertorum in lucem protrahatur. *

* Maximam itaque defensionis partem in interrogatoriis sitam, eamque a Producto non facile negligendam esse, nemo non videt, add. STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. 18.* §. 5. Certe haut raro evenit, ut probans vel dolose, vel imperite πολυζητησιν committat, & plures circumstantias captiose conjungat. Quo ipso testis incautus in errorem facile deducitur. Et docet experientia, testem, qui integrum articulum affirmavit, postea super singulis circumstantiis examinatum, sæpius negative respondere.

X.

X.

Omnia igitur interrogatoria reſpiciunt teſtium fidem, habilitatem, integritatem, & perſonam, eaque vel generalia ſunt, quæ in teſtium qualitatem inquirunt, * vel ſpecialia, quæ ad ſingulos articulos dirigit productus, quo rationem aſſerti expiſcetur. ** In foro Juris Communis admittunt etiam interrogatoria, quæ merita cauſæ reſpiciunt, quæque præliminaria vocant. ***

* De his vide MARTINI *ad Proc. Saxon. tit. 20. §. 2.* Eo autem maxime diriguntur, ut conſtet de teſtis ætate, conditione, vita, moribus, nexu cum producente, utque appareat, an teſtis aliqua ratione interſit, occaſione litis.

** Hæc productus dirigit ad integritatem ſenſus, per quem veritas dicenda. His rationem aſſerti explorat, obſcuritatem articulorum removere, captioſas quæſtiones effectu privare, male conjuncta ſeparare, utque teſtis terminos technicos, verba ambigua, peregrina, explicet, ſuamque notitiam ſpecialem profiteatur, occaſionem dare, verbo, quantum fieri poteſt, per varias quæſtiones fidem teſtium infringere conatur.

*** Inſerviunt hæc interrogatoria reprobationi, & producto eo magis ſuadenda ſunt, quo major utilitas ratione ſumtuum, quos alias reprobationis cauſa impendere debuiſſet, inde provenit, STRYCK *Introduct. ad Prax. Forenſ. cap. 18. §. 8.* Præmittere ſolent hæc interrogatoria iis, quæ contra articulos probatoriales diriguntur, & ideo eadem generalibus adjungunt. Hoc unum addo, pro-

ductum de his interrogatoriis tum demum sibi promittere posse utilitatem, quando testes eas circumstantias, quæ exceptionem & defensionem suffulciunt, probe norunt. Sin secus, merito ab iisdem abstinebit productus, cum prævidere possit, non posse non in irritum cadere ipsum examen. Cæterum Saxones ejusmodi interrogatoria non tolerant, vid. ORD. PROC. SAX. VETER. *Tit. 20. §. 2.* KRAVSII *Tract. Synopf. Proc. Lib. 1. cap. 3. Sect. 2. §. 15.*

XI.

Quemadmodum vero res ipsa docet, id præprimis agere debere productum, ut interrogatoria clara ac perspicua sint, & ad rem ipsam pertineant, ne, dum Charybdin evitare studet, in Scyllam incidat, ita e contrario abstineat ab ineptis * criminosis ** aliisque interrogatoriis, quæ propriam deponentis turpitudinem loquuntur. *** Præterea respondentem non oneret diris obtestationibus. **** Imo ne hoc quidem ferendum esse puto, ut mediante interrogatorio productus testi juramentum præstitum revocet in memoriam. *****

* Plura ineptiarum exempla collegit STRYCK *Dissert. de inept. interrog.* Memini ipse, productum ex teste rustico, quem in causa sua nobilis contra nobilem produxerat, quæsivisse: *Ob er Producenten mit Freund oder Schwagerschafft verwand sey und wie nahe?* Ineptis interrogatoriis etiam

etiam annumero quæstionem: *Ob Producent Zeugen gebeten, Zeugniß abzulegen?* cum certe preces antecedentes fidem testis non faciant suspectam, add. THOMASII *Diss. de natur. prec. juridic.*

** Recte hæc interrogatoria damnat RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. *53.* & ab onere respondendi testem liberat. Neque enim quis propriam turpitudinem allegare, & se ipsum indiciis onerare debet, STRYCK. *Prax. Forens. cap. 18. cap. 7.* neque illi, qui propriam turpitudinem allegat, creditur.

*** Commendat quidem STRYCK. *loc. alleg.* cautelam, ut ad infringendam testis unius fidem, productus inter testes alterum de crimine, ab altero patrato, examinari curet. Sed nec hoc tolerari potest, ne in inquisitionem degeneret examen testium in causa civili contra non gravatum, WERNHER. *P. 6. Obs. 295.* Facilior essem in admissione ejusmodi interrogatoriorum, si non speciale crimen loquerentur, sed in genere: *Ob Zeugen ein Verbrechen von seinen Mitzeugen wissend?* conceptæ essent, quod video quosdam tolerare, nisi denuo memorata ratio iisdem obstaret.

**** Non enim permittere potest judex, ut productus testem peculiaribus execrationibus obtestetur, quo veritatem dicat, cum lex ipsa ad fidem testimonio conciliandam præstationem juramenti testimonialis sufficere statuat.

***** Hæc enim admonitio vel tacite injuriam infert testi, qui ob præstitum jam ante examen juramentum salutis suæ memor omnino præsumendus est.

XII.

Cum denique minime raro eveniat, ut

ut circumſtantiam, quam alter teſtium novit, alter ignoret, curet productus, qui interrogatoria exhibet, ne judici examinanti deſit directorium, quod in examine teſtium ſuper interrogatoriis ſequatur. Atque in eo conficiendo & offerendo eandem productus adhibeat circumſpectionem, quam directorium a producente articulis ſubjiciendum exigit.

XIII.

Solet etiam ille, qui interrogatoria offert, ſub finem examinantis officium ſuppletorium implorare, & in ejus legalitate refugium quærere. Sed vereor, ne peculiarem effectum hæc habeat clauſula. Certiſſimum enim eſt, examinantem ea, quæ facti ſunt, ſupplere non poſſe, quæ juris ſunt, ſupplere debere, utut eo nomine non ſit rogatus. *

* Recte omnino *cap. 37. & 52. X. de teſtib.* hoc ipſum officio judicis ineſſe dicit, ut rationem teſtimonii perquirat, de mente rite & perſpicue explicanda teſtem admoneat, diſtincte eundem examinet, utque ſingulas circumſtantias perpendat, & ad ſingulas reſpondeat, ſæpius inculcet, eumque ob finem obſcuritatem & ambiguitatem, quæ articulos premit, e medio, dextra adhibita explicatione, tollat. Quare clauſula illa Practicorum ſolennis: *reliqua ſuppleat legalitas examinantis;* ad eos ſolum judices ſpectat, qui poteſtatem

ſtatem ſuam ex concepta formula inſtar judicum pedaneorum æſtimare ſolent. Et hos, ſi officii immemores ſint, in rectam viam deducere, iisque repetitionem examinis injungere fas eſt, ſi tanta teſtimonii dictionem comitetur obſcuritas, & incertitudo, quæ deciſionem cauſæ impedit.

XIV.

Quodſi demum inter partes de examine teſtium conveniat, vel monitis earum contra perſonas teſtium, articulos & interrogatoria judex per ſententiam ſatis fecerit, ad examen ipſum jam fit progresſus. * Quod ita abſolvendum eſt, ut 1) omnes teſtes præſentes uno actu, 2) in præſentia partium ** juramentum præſtent depoſitionis, *** deinde 3) quilibet teſtis ſeorſim, 4) ſemotis partibus, 5) præſente tamen actuario, examen a) ſuper interrogatoriis generalibus, b) ſuper articulis & interrogatoriis ad ſingulos articulos directis ſecundum directorium juſto ordine ſubeat, eaque occaſione 6) actuarius ipſa teſtis verba conſignet, **** peracto examine, 7) ſingulas quæſtiones & reſponſiones teſti iterum prælegat, ***** denique 8) eundem impoſito ſilentio dimittat. **** **

* In loco judicii examen ſuſcipiendum eſſe, per ſe patet. Nec cuiquam neceſſitas veniendi ad judicium remittitur, exceptis perſonis egregiis & iis qui

iis, qui ob valetudinem venire non possunt *c. 8. X. de testib.* add. SCHÖPFFER *Diss. de privilegio egregiar. person.* Verum & hoc in casu judicis præsentia requiritur, qui necessario actum probationis dirigere debet. Quodsi tamen de certo loco, vel qualitatibus rei, sit controversia, judex testes, ut dubiis præveniat, in rem præsentem recte deducit, vel rem controversam conspiciendam exhibet, cum alias fieri possit, ut examen repetere debeat judex, si obscuritas litis decisionem impediat. GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 3. Sect. 2. §. 4. not. a.*

** Etiam solo producente præsente, si productus recte citatus in termino emaneat.

*** Hæc generalis regula est, quod testi injurato nulla habeatur fides, cujuscunque etiam sit conditionis, imo nec clericus excipitur. *L. 9. C. de testib. c. 39. & 51. X. Eod.* Ceterum præstationem juramenti præcedere avisationem de perjurio & prælectionem formulæ jurandi, tralatitium est.

**** Præterea enim, quod depositio testis, si alia verba substituat actuarius, non maneat testis depositio; eoque nomine fidem non habent, quia actuarius non testis pro teste producto loquitur, fieri etiam non potest, quin sæpissime sensum depositioni affingant alium verba, quæ substituit examinator, STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. 18. §. 14. in fin.* WERNHER. *P. 5. Obs. 163.*

***** vid. *c. 7. X. de testib.* BRUNNEMANN *Proc. Civil. cap. 20. n. 74. seqq.* Necesse enim est, ut de mente testis certo constet. Ex prælectione autem judicare poterit ipse testis, utrum mentem recte perceperit examinator. Præterea enascitur occasio, obscura illustrandi, erroremque corrigendi.

****** Cujus solennitatis rationem recte in eo collocant,

locant, ut periculum suggestionis respectu contestis, vel subornationis ratione producentis evitari possit, add. STRYCK. *Diss. de jure suggestionis.* LUDOVICI *Diss. de impositione silentii.*

XV.

Licet autem per ea, quæ supra diximus, fatali probatorio semel elapso, vel peracto semel examine, producens novos testes producere non possit, * integrum tamen est eidem, in locum testis, ante examen vel ante oblationem articulorum demortui, unum vel plures, intra spatium legale, ** a die notitiæ computandum substituere, *** priori quidem in casu simpliciter, posteriori non nisi præstito juramento, quod tempore oblationis producens mortem testis ignoraverit. ****

* Ne sub eo quidem prætextu, quod noviter reperti sint. Hanc enim allegationem probatio solum per documenta admittit. vid. ORD. PROC. SAX. *veter. Tit. 20.* WERNHER. *P. 7. Obs. 222.*

** Quod plus tamen temporis continere non potest, quam terminus probatorius, quia re ipsa ista substituendi facultas per modum restitutionis in integrum conceditur, & novam ratione modi probandi continet probationem. Quare merito jure termini probatorii ordinarii æstimatur.

*** Pertinet hæc facultas solum ad modum probandi, non ad merita causæ. Et ideo novos formare articulos, a prioribus diversos, novasque circum-

circumstantias intermiscere vix licet, si fatale probationis semel elapsum sit.

**** Ita clare disponit. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit.* 23. §. 2. Sed ratio dispositionis tam late patet, ut non dubitem, quin regula generalis inde confici possit.

CAPUT III.

DE PROBATIONE PER DOCUMENTA.

I.

Documenta, quibus ad probandum utimur, debent esse originalia, vel minimum authentice transsumta, * & talia, quæ integrum habent sensum, ** vitiumque in essentialibus nesciunt. Utrum publica sint, an privata *** utrum illius, contra quem producuntur, propria, an aliena manu scripta, **** perinde est, modo non producantur ab eo, qui ipse eadem scripsit. *****

* Nudis copiis nullam probandi vim inesse, nemo facile negabit. Præterea vereor, ne partium saluti præjudicium inferant, qui antiquitati copiarum eum effectum tribuunt, ut fraudis & calumniæ suspicionem tollat, vid. MENOCH. *Lib.* 2. *præsumt.* 80. *n.* 2. WERNHER. *P.* 3. *Obs.* 68. Periculosum enim est, in hanc sententiam ire, si alia adminicula desint, quæ copiis fidem concilient, LEYSER. *Spec.* 261. *med.* 7. Documenta autem

autem, publica auctoritate exemplificata, utut plenam non faciant fidem, non tamen omni probandi vi destituuntur, sed argumentum aliquod faciunt, imo vel iis in casibus, in quibus exacta probatio non desideratur, sed demonstratione res expedienda est, sufficere possunt LEYSER. *Spec. 270. med. sqq.* modo tamen gaudeant requisitis, quae exemplificationi fidem conciliant, de quibus vide MEVIVM *P. 5. Decis. 147.* STRVV. *Ex. 28. th. 31.* BÖHMER *Jur. Eccles. Protestant. Lib. 2. tit. 19. §. 5. sqq.* Imo ejusmodi exemplificatio a judice secundum formam in *c. fin. X. de instrum.* praescriptam peracta, eandem auctoritatem habebit, quam ipsum originale.

** Quare, licet documentum productum ad aliud sese referat, quod regulariter absque relato nullam vim probandi habet, *Novell. 119. cap. 3. Auth.* Si *quis C. de edend.* habebit tamen plenam fidem, quando de iis, quae in relato continentur, ex referente indubie constat. WERNHER. *P. 4. Obs. 187.*

*** Eo nimirum sensu, quod utrumque vim probandi habeat. Publico enim documento majorem probandi vim inesse, quam privato, aliunde constat.

**** Tertio quidem documenta regulariter nec prosunt nec nocent. Sed enim vero hoc procedit solum, quando documentum factum tertii loquitur, quod ad litigantes nulla ratione spectat. Sin eos simul tangat, sive, quod unius alteriusve intuitu a tertio confectum sit, sive quod altera partium a tertio causam habeat, aut ejus factum agnoscere debeat, nil obstat, ne documentis alienis, quippe quae tum minimum tanquam propria consideranda sunt, utamur.

***** Hæc de privatis documentis intellige, quæ pro scribente non probant per *L. 6. sq. C. de probat.* quatenus lex vim probandi iis expresse haut concessit, quod factum est v. c. intuitu scripturæ parentum de ætate & nativitate liberorum *L. 16. & 19. C. Eod.* item intuitu librorum mercatorum *Klein. Diss. de probat. per libr. mercat.* Publica enim instrumenta super negotio, quod postea in controversiam abit, confecta, probans pro se recte producit.

II.

Documenta articulis subjicienda, & copias eorum parti adversæ communicandas esse, jam diximus. Hæc autem necessitas remittitur probanti, si copiæ jam olim alia occasione producta Actis insint. Tum enim sufficit sese ad Acta referre, & locum, ubi extant, allegare, & nisi jam antea communicata sint, simul petere, ut parti adversæ communicentur. *

* Hæc in Saxon. etiam Elect. usu venire, testatur WERNHER *P. 8. Obs. 370.* & clare loquitur ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 24. §. 1.*

III.

Quodsi igitur documenta Actis nondum insint, probans vel ea possidet, vel eadem penes partem adversam, aut penes tertium extant. Hoc in casu probans quidem a necessitate copiam adjiciendi liberatur, quamvis, si exemplo instru-

instructus sit, id ipsum addere possit, sedulo tamen id agere debet, ne originale semper desit, neve copia authentice transsumta omni tempore deficiat. Quapropter de editione documenti sollicitus esse, * eamque a possessore tempestive urgere debet. **

* Hoc facere eum debere, quando in probatione versatur, per se patet, cum ipsa probatio, sive merita, sive modum probandi respicias, ad terminum peremtorium sit adstricta. Suspecta ideo omnino videtur opinio BERGERI *in Elect. Forens. p. 783.* & WERNHERI *P. 3. Obs. 83.* qua editionem documenti tempestive satis in termino productionis adhuc urgeri, defendunt, licet ejus mentio in articulis facta non sit. Nec enim alia ratione vera esse potest, quam si intra terminum probatorium minimum generatim probans se declaraverit, quod hoc documento ad probandum uti velit. Et tum non nocebit, quod editionem ejus simul haut petierit. Sin plane documenti non fecerit mentionem, ob pœnam præclusi postea admitti vix poterit. Omne discrimen, quod ad Electoratum Saxoniæ attinet, sustulit ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 25. §. 1.* & probantem sub comminatione pœnæ præclusi oneravit necessitate, ut documentum sub articulis inducat, ejusque editionem simul urgeat.

** An etiam ante Litis Contestationem edendi necessitas imponi possit actori ratione documentorum, quibus usurus est ad instruendam actionem? merito negabunt Saxones, qui istam necessitatem ad probationis terminum adstringunt. Jus vero Imperii tantum judicat defensionis favo-

rem in *Recess. Imper. de anno 1654.* §. 34. *in fin.* ut actorem omnino cogat ad edendum reo documenta, fundamento intentionis suæ inservientia, quo deliberare possit reus, velitne cedere, an contendere. Atenim LEYSERVS *in Spec.38. med. 5. & spec. 241. med. 8. sq.* hoc recte restringit ad casum, quo actor instrumenta libello adjunxit. Ejus enim libero plane relinquit ipsa lex arbitrio, utrum documenta agens edere, an ea probans producere velit. Igitur, si ad probationem usque instrumenta servat, necessitas, ea ante probationem edendi, illi imponi non potest.

IV.

Edere autem non solum debet quælibet pars litigantium sibi invicem documenta, quæ jure proprietatis vel communionis ad alteram spectant, * sed etiam tertius utrique indistincte, si probabiliter appareat, petentis ex allegatis causis interesse, ut editio fiat. ** Quod ad reliqua documenta attinet, quorum editionem partes a se invicem urgent, actor, quatenus privilegio peculiari non est munitus, *** reo indistincte obligatur ad editionem documentorum, quæ probationi exceptionis inserviunt. Reus vero actori ea solum documenta edere tenetur, quæ replicam instruunt. **** Nec tamen his regulis doctrina de edendo ita absolvi potest, quin judicis officium sibi vindicet locum. *****

* De

* De neceſſitate edendi, ſi petentis ratione proprietatis vel ratione uſus interſit, quorſum maxime ſpectant contractus bilaterales, nemo facile dubitabit, quia claræ extant legum diſpoſitiones in *L. 4. pr. L. 6. §. 6. de Edend. L. 5. Famil. erciſc.* Verum eandem ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 26.* §. *1.* eo etiam extendit, ut edenda ſint, quorum intuitu pars peculiare intereſſe allegare poteſt.

** Non enim quodlibet intereſſe ſufficit, ut tertio editio injungatur, ſed denuo cauſa vel proprietatis, vel communionis requiritur, vel minimum neceſſe eſt, ut tertius documenta ipſa, partis cauſa, quæ editionem urget, conſcripſerit. Pertinent huc ſigillatim Protocolla Notariorum, Acta publica, add. GAIL. *Lib. I. Obſ. 106.*

*** Exempla vide apud MARTINI *Proc. Sax. tit. 26. § 1. n. 12.* MENCKEN. LEYSER. *Spec. 38. med. 6.*

**** Quippe quæ favore exceptionis per omnia utitur *L. 1. de Except.* STRYCK. *Uſ. Modern. Dig. tit. de Edendo §. 18.* Nec nocet actori, quod replicam libello inſeruerit, BERGER *Elect. Diſc. Forenſ. p. 779.* quod & approbat ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 26.* §. *1.* Reus igitur, ut documenta edat, quæ actoris intentioni aſſiſtunt, non cogitur facile, ne tum quidem, ſi veritas aliter haberi non poſſit, BRUNNMANN *ad L. 6. C. de Edend. n. 6.* bene vero, ſi lex ſpecialis actori jus, editionem actionis nomine poſtulandi, concedat. Pertinet huc cauſa fiſci *L. 2. §. 2. D. de jur. Fiſc.* Cauſæ Eccleſiarum ex æquitate magis, & uſu fori, quam ex lege ejusmodi privilegio utuntur, BÖHMER *Jur. Eccleſ. Proteſt. Lib. 2. tit. 22.* §. *14.*

***** Quod probat LEYSER. *Spec. 38. med. 1.* Nos

certe non dubitamus, quin, si actori jam alia probationis suppetant adminicula, reo editio documentorum, quæ plenam efficiunt probationem, injungi possit.

V.

Duplici, qui editionem urget, uti potest via, ut possessori documenti ea injungi possit. Vel enim indiciis onerare potest eum, quibus probabilem reddit documentorum possessionem, vel juramentum super possessione deferre. * Quo tamen posteriori in casu deferens de calumnia juret necesse est. **

* Rem late exponit RVLAND. *de Commissar.* *P. 2. Lib. 5. tit. 21. n. 3.* CARPZOV. *Proc. tit. 14. art. 4. n. 9.* BERLICH. *P. 1. Concl. 45. n. 79.* add. ORD. PROC. SAX. VET. & RECOGN. *Tit. 26.* §. 2.

** Neque tamen juramentum calumniæ præstare, neque juramentum ipsum principale deferre debet prius, quam alter, se possidere, negat. Hæc enim juramenti delatio ad certum fatale non est adstricta, GRIBNER *Princip. Proc. Lib. 1. cap. 3. Sect. 4.* §. 3.

VI.

Partes judicis, si quis editionem urget, in eo consistunt, ut vel terminum, in quo, vel spatium, intra quod editionem peragat alter, præstituat. Citatus vero vel edere jussus, si justæ denegandi editionem desint causæ, de quibus, si in disceptationem

nem abeant, judex per ſententiam ſtatuat, vel originalia, ut copiæ inde Actis inſeri poſſint exemplificatæ, edere, vel juramentum delatum, præſtito prius juramento calumniæ, vel indiciis gravatus juramentum editionis præſtare debet. *

* Hanc alternativam probat *L. 22, C. de fide inſtrument.* Eamque, cum legis beneficio debeat edere juſſus, judex intervertere nequit, utut, omiſſa jurisjurandi mentione, editionem ſimpliciter injunxerit. BERGER *Diſſ. de ſentent. tacite alternatio.* §. *10.* & *24.* aut pœnam editi comminatus ſit, BERGER *Elect. Diſc. Forenſ. p. 788.* RIVIN. *Tit. 26. Enunc. 21.* Verum nec edere juſſus ſe ab iſta obligatione alternativa liberabit per relationem juramenti, probationem pro exoneranda conſcientia, vel exhibitionem omnium, quæ poſſidet, documentorum. Proprium enim citati, ſuper quo jurandum eſt, factum, relationem excludit. Probatio pro exoneranda conſcientia facilius admitti poteſt, ubi lex expreſſa eam non prohibet. Exhibitio omnium documentorum fruſtranea eſt, quia ſuſpicionem, quod citatus documentum, cujus editionem actor urget, poſſideat, non tollit. Add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 26.* §. *2.*

VII.

Formula juramenti editionis, ſive delatum ſit a parte, ſive a judice injunctum, de poſſeſſione vera & ficta tantum concipienda, neutiquam vero ad culpoſam amiſſionem, nec ad contenta documenti ex-

ti extendenda eſt. Nec obligant in foro juris communis, ut de ſcientia, penes quem documentum extet, juramentum præſtet edere juſſus. *

* Formula ipſa hæc eſt, *daſs N. N. das Document weder beſitze, noch ſelbiges gefæhrlicher weiſe habe von abhanden kommen laſſen.* In Saxonia Electorali vi ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 26. §. 2. in fin.* addunt: *auch nicht wiſſe, wo ſelbiges ſonſt anzutreffen*; de culpa veto, *daſs er es nicht aus Nachlæſsigkeit habe von abhanden kommen laſſen*, ut & de ſcientia: *daſs er von dem Innhalt des Documents keine Nachricht habe*, vel ideo juramentum non eſt præſtandum, quia partim nemo circa rem, quam ſuo nomine poſſidet, de culpa tenetur, partim juſta rei alienæ eſt ignorantia.

VIII.

Si tertius edere juſſus neque edat, neque juret, contra eum compulſoriales vel requiſitoriales decernere & per mandata pœnalia procedere fas eſt. Sin pars litigans peremtorie citata contumax, eaque actor ſit, jure communi litis deſertæ pœnam incurrit, reus ſe pœna editi & recogniti onerat, modo copia documenti extet in actis. Sin hæc deſit, actori permittitur, ut contenta documenti per teſtes probare poſſit. Jure Saxonico, ſive actor, ſive reus contumaciam committat, documentum, cujus copia adeſt, pro edito habetur

habetur & recognito; deficiente copia, circumſtantia, quam ex documento probare voluit alter, habetur pro conceſſa: *Sie wird vor eingeraumt gehalten.* *

* Vid. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 26.* §. 2. Et ſatius omnino eſſet, hoc modo in foro etiam juris communis contumaciam partis coërcere, quam nova probatione, ſuper contentis documenti, proceſſum in longius extendere.

IX.

Cæterum, præſtito ſemel juramento editionis, facile patet, ad novam probationem ejus circumſtantiæ intuitu, quam per inſtrumenta parabat litigans, non dari regreſſum, quia terminus probatorius eſt peremtorius. Quapropter, ſi certo non conſtat, eum, a quo editionem poſtulamus, poſſidere documenta, ſatius eſt, vel cum probatione per documenta probationem per teſtes cumulare, vel loco illius alium probandi modum ſubſtituere. *

* Ita recte judicat GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 3. Sect. 4.* §. 4.

X.

Plane aliam rationem eſſe documentorum, quæ probans ipſe poſſidet, eaque & inducenda, & in copia cum parte adverſa communicanda eſſe, * ex

antecedentibus conſtat. Ut probans integra documenta addat, neceſſe quidem non eſt, ſed ſufficit, ex iis paſſum excerpere, ut dicunt, concernentem, per modum extractus, ** cum primis, ſi documento inſint, quæ ad cauſam præſentem non faciunt, periculoſum tamen aliquando eſt, integra documenta non adjicere, cum probans eorum uſum poſtea ultra circumſtantias, quas loquitur extractus, hac in cauſa extendere nequeat. ***

* Ea enim documenta, quæ inducta non ſunt intra terminum probatorium, poſtea producere non licet, ob pœnam deſertionis. Et eorum, quæ inducta, non tamen communicata ſunt, ſi producantur, recognitionem recte declinabit productus, jureque ſuo urgebit, ut prius communicentur. Iniquum enim videtur, ad poſteriorem caſum pœnam deſertionis extendere, ſive culpa probantis, ſive culpa judicis, communicatio ſit neglecta, GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. Sect. 3. cap. 3. §. 2. not. a.*

** Extra caſum allegatum partem documenti in Saxonia Electorali apponere non licet, ſed integrum documentum deſcribendum eſt, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 24. §. 2.* Verum, etiamſi per modum extractus probans illud offerat, ita tamen eum conficiat, ut, præmiſſo introitu documenti, paſſum concernentem extrahat, & finem documenti una cum ſubſcriptione addat, quo conſtet ſtatim, publicumne an privatum, perfectum an imperfectum ſit documentum. *d.* ORDIN. PROC. *d. loc.*

*** Quo in argumento maxima opus eſt prudentia, ne

tia, ne, vel integro documento exhibito, eodem pars adversa contra probantem utatur in passibus præjudicialibus, vel, parte documenti tantum oblata, ipse probans se privet defensionibus contra producti objectiones, ex reliquis documenti partibus in suos usus convertendis.

XI.

Sigillatim, si lingua peregrina conscripta sint documenta originalia, ea per interpretem in linguam vernaculam vertenda curet probans, ne productum beneficio deliberandi privet. Patet vero, neque interpreti fidem haberi posse, nisi eo nomine juramentum præstiterit, neque producto facultatem adimendam esse, de eis, quæ vitiosam reddunt versionem, judicem informandi. *

* add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 24. §. 2.*

XII.

Ipsa autem documenta, probationi addita, eo effectu fiunt communia, ut & parti adversæ prosint, simulac producta sunt. * Quare invita adversa parte postea revocari non possunt.

* Non itaque sola verbalis productio cum oblatione articulorum facta sufficit, sed realis productio ipsius documenti originalis requiritur. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. p. 1462.* Præterea etiam adversarius sit paratus ad recognoscendum. Hoc si denegat, nulla adest ratio, quare producenti

centi revocationem denegemus. WERNHER. *P. 1. Obſ. 325.*

XIII.

Documenta igitur, ut probent, originaliter & actualiter a probante producenda, a producto vero recognoſcenda ſunt. Nec unquam producendi neceſſitatem evitabit probans. Recognitionis autem neceſſitas remittitur, ſi documentum ſit publicum, cum vim probandi jam in ſe habeat ob præſumtionem veritatis & ſolennitatis. * Remittitur etiam, ſi inſtrumentum per ſe ita ſit comparatum, ut, etiamſi recognitum, nil tamen probet. ** Quare probans ab horum productione merito abſtinebit, vel minimum litem ſuper recognitione non movebit.

* Ita *L. 11. C. qui potior. in pign.* NOVELL. *73. c. 8. & 61. X. de fid. inſtrument.* Nec aliter habet ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 25. §. 2.* Quo ipſo derogatum eſt *Dciſ. Elect.* 74. In Saxonia vero Communi recognitionem quidem documentorum publicorum requirunt, eorum autem diffeſſionem non admittunt. Ad iſta documenta, quæ recognitione non indigent, præter acta publica & negotia a partibus judicialiter geſta, recte referuntur Leges publicæ, decreta, ſententiæ, Receſſus judiciales, omniaque illa, quæ in judicio jam geſta ſunt, v. c. Litis Conteſtatio, libellus &c. WERNHER. *P. 8. Obſ. 341.* RIVINUS *Tit. 25. Enunc. 3.* Sigillatim iis d. ORDIN. PROC. SAXON. annumerat documenta, ab eo, contra quem producuntur, in alia cauſa jamjam recognita.

** Per-

** Pertinent huc Reſponſa juris, Rotuli teſtium extrajudiciales, Atteſtata ſimplicia & id generis alia. Imo ne atteſtata quidem, abſente eo, contra quem producuntur, jurejurando firmata, vim probandi habent, WERNHER *P. 6. Obſ. 310.* Ne igitur ſuper his, quæ vel recognoſcenda non ſunt, vel per ſe probant, lis inanis inſtituatur, ſub pœna pecuniaria prohibet ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 25.* §. 2.

XIV.

Judicis partes, ſi ad producendum & recognoscendum progrediuntur litigantes, hæ ſunt, ut eo nomine terminum præfigat, & utrumque officii admoneat.* In quo termino producens præciſe comparere &, quæ peragenda ipſi incumbunt, ſub pœna deſertæ probationis expedire debet. ** Productus vero ſub præjudicio & peremtorie nondum citatus *** expenſas tantum contumaciales ſolvit.

* Ejusmodi terminum ſpecialem in foro Juris Communis plerumque ignorant, & judex, poſtquam cum parte adverſa communicavit copias, ejus arbitrio fere relinquit, anne documentis quid objicere velit. Si igitur veritatem eorum non vocet in dubium, eum tacite agnoſcere documenta, credit, & ulteriorem de exceptionibus diſceptationem inſtruit. Sin ad diffeſſionem ſe offerat pars adverſa, probantem audit, & poſtea terminum diffeſſionis præfigit.

** Sive

** Sive itaque plane emaneat, sive compareat, productionem tamen negligat, documenta habentur deserta & deperdita. In Saxonia vero, ubi mutuis positionibus partes disceptant, in secunda positione productionem adhuc peragere potest probans. ORD. PROC. RECOGN. *Tit.25. §.1.* BERGER *Elect. Discept. Forens. p.737.*

*** Quod in Saxonia Electorali prima statim citatio continere, judex vero, hac in parte officii sui immemor, pœnam 5. Imperialium exsolvere debet. ORDIN. PROC. *loc. alleg.*

XV.

Ipsum præjudicium, quod producto contumaci imminet, consistit in pœna recogniti. A qua quidem se liberat, si in novo termino recognitionem tempestive peragit. * Si tamen documentum semel ob contumaciam habeatur recognitum, is pœnæ effectus est, ut exceptiones contra veritatem documenti amittat productus, reliquas, quæ contenta documenti respiciunt, & vim ejus probandi, omnino salvas retineat. **

* Hic adhibeat productus, cui recognitio sub comminatione injuncta est, hanc cautelam, ut præveniat in termino producentem, per recognitionem documenti, nondum producti, ne ille beneficio *L. 15. C. de judic.* utatur, & contra admissionem ad Acta ob expensas prioris termini nondum exsolutas protestetur. WERNHER. *P. 6. Obs. 321.*

** Non

** Non itaque amplius admittitur ad juratam diffessionem. Nec enim alio fine requiritur recognitio, quam ut certus fiat judex, an probans documento uti possit ad probandum. Quare agnito documento non sequitur, tantam illi probandi vim inesse, ut productus ex eo condemnari possit. BERGER. *Elect. Disc. Forens. p.* 766. Sive itaque productus vere vel ficte agnoscat documentum, sive lex absque recognitione documenti veritatem stabiliat, in genere tamen tenendum est, salvas producto esse exceptiones, quas habet contra documentum, ad infringendam vel minuendam vim ejus probandi comparatas, ita quidem, ut ne opus quidem sit, exceptiones sibi expressis verbis reservare STRYCK. *Introd. ad Praxin Forens. cap.* 19. §. MENCKEN *Disp.* 14. §. 26.

XVI.

Producens autem in termino præsens ita rem omnem ordinet, ut 1) omnia documenta, quotquot probationis causa olim induxit, secundum specificationem, quam articulis subjecit, realiter producat, eorumque, quorum originalia vel copias non habet, editionem urgeat, ne vel eo nomine, quod officio non satisfecerit, contumax habeatur, & pœnam desertionis ratione documentorum, quæ non produxit, incurrat. * 2) Registratura super ipso actu productionis ad Acta scribatur ** 3) eorum recognitionem specialem urgeat. ***

* Non

* Non tamen opus eſt, ut contenta documenti commemoret BERGER *Elect. Diſc. Forenſ p. 739.* In illis vero judiciis, in quibus probatio per documenta abſque articulis peragitur, recitationem tenoris documenti evitare non poſſunt, quia inſtar realis productionis eſt. Plane, ſi originalia jamjam in Actis extent, relatio ad Acta, & locum, ubi extant, etiam in Saxonia, eſt inſtar productionis, RIVINVS *Tit. 24. Enunc. 4.*

** Ratio non aliunde deſumenda, quam a periculo deſertionis. Abſque illa enim conſtare non poteſt, ſitne productio verbaliter tantum an realiter facta vid. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 25. §. 1.*

*** Quod certa quidem lege non eſt ſtatutum, nec ideo præjudicium habebit producens, qui ejusmodi petitum omiſit. KRAVSE *Tract. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 3. Sect. 3.* §. *8.* Non tamen facile negligat producens commoda ſua, cum fieri poſſit, ut alter, contra quem produxit documentum, callida aut ſophiſtica recognitione vim probandi intervertat, vel diffeſſione ejusdem generis plane recognitionem eludat. Multum itaque utilitatis habebit ſpecialis documentorum productorum deſignatio, & declaratio producentis, pro quibus ea venditet. Memini enim, quem ad recognoſcendum produxiſſe in genere baculum, quo verbera acceperat, nec dixiſſe, baculum illum eſſe, quo cum alter verbera dediſſet. Cum igitur alter baculum recognoviſſet pro baculo in genere, nihil emolumenti hæc producenti afferebat recognitio. Præterea recte monet LEYSER *Spec. 277. med. 1.* incaute facere producentem, qui ab adverſario manus ſuæ recognitionem ſimpliciter deſiderat, cum confidenter alter, qui ipſe non ſcripſit, ab alio tamen ſcribi paſſus eſt, interpoſito

posito jurejurando, manum diffiteri possit. Igitur commendat cautelam, ut producens urgeat etiam responsionem, anne productus nomen suum per alium scribi fecerit.

XVII.

Originalium productio eo spectat, ut & judici & parti constet, an in essentialibus documentum vitio laboret nec ne, & recognoscibile sit; præterea etiam, si vitio careat, & recognitio sequatur, copiæ exemplificatæ inde desumi possint. * Quare documenta producta non statim repeti possunt, sed paulisper in judicio relinquenda sunt. ** Postea restituenda sunt producenti, nisi super vitiis documenti visibilibus lis oriatur inter partes, ideoque necesse sit, ut decidens ipse documentum oculis subjiciat. ***

* Ad quam requiritur 1) descriptio documenti, 2) comparatio vel collatio descripti cum originali, 3) testimonium judicis vel actuarii de facta collatione, & descripti harmonia cum originali, 4) subscriptio ejus, qvi testimonium perhibet.

** Qua occasione cautus sit producens, ne probatio olim desit, quod originale in judicio reliquerit. Exigat itaque confessionem scriptam judicis vel actuarii de retentione originalis. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 25. §. 1.*

*** Pertinent huc cancellatio, deletio, scriptura interlinearis, rasura, diversitas chartæ, scripturæ, atramenti, & id generis plura.

XVIII.

Productus, nisi justas recognitionem denegandi causas habeat, * post productionem originalium, vel ipse, vel per procuratorem, speciali mandato instructum, ** integrum documentum, tam quoad subscriptionem, quam quoad contenta *** recognoscere debet, generaliter minimum & relative pro eo, pro quo a producente venditatur. ****

* Quas tamen tempestive & specialiter afferat necesse est, *c. 2. X. de probat.* ORDIN. PROC. SAXON. *Vet. Tit. 25. §. 1.* quo judex de justitia earum cognoscere possit. Non tamen huc pertinet renunciatio recognitionis, in documento facta, sed, ea non obstante, recognitio est peragenda. CARPZOV. *Proc. Tit. 14. art. 2. n. 73.* ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 25. §. 3.* Generatim, si dubiæ sint exceptiones, consilii est, ut eventualiter minimum fiat recognitio.

** Est enim recognitio species confessionis & actus magni præjudicii. ZIEGLER ad *ord. Proc. Sax. Tit. 25. p. 158.* Utut vero ORDIN. RECOGN. *d. tit.* hanc facultatem clausulæ cum libera inesse, statuat, merito tamen excipit facultatem copiam pro originali agnoscendi.

*** Certe, qui subscriptionem fatetur, contenta etiam documenti approbasse censendus est. Sunt quidem casus excepti, de quibus infra videbimus, Conf. CARPZOV. *Proc. Tit. 22. art. 1. n. 45.* Illum tamen, qui subscriptionem fassus contenta non perlegisse addit, merito simpliciter a jurata diffes-

diffessione contentorum repellit BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 768.*

**** *Wofür sie von Producenten ausgegeben worden.* Potest tamen, si placet, specialiter ea recognoscere, & ex designatione repetere, pro quibus ea venditat producens. Non igitur permittitur recognitio, qua declaret productus: *Er wolle die Documenta dafür, was sie würcklich sind, recognosciren,* nec illa, cui productus exceptiones intermiscet. e. g. *Er wolle das Testament hiermit als ein untergeschobenes und zu Recht unbeständiges, den Kauf-Contract als einen erdichteten nicht zu Stande gekommenen Contract recognosciren*, nec illa, quæ dubiam continet declarationem. *Er kænte zwar das Document recognosciren.*

XIX.

Quemadmodum autem omnis recognitio sub tacita conditione: salvis exceptionibus, facta censetur, ita nec opus est, ut productus exceptiones sibi reservet; * imo, si clausulam addat, exceptiones tamen in specie exprimere non debet, sed salva adhuc est earum allegatio & deductio in disputationibus probationum. **

* Cum ne ademtæ quidem censeantur, si judex easdem in sententia non reservaverit. CARPZOV. *Proc. Tit. 14. art. 3. n. 28.* ZIEGLER *Introd. ad Proc. cap. 10. §. 34.* vel si judex documentum in contumaciam pro recognito habuerit. WERNHER. *P. 4. Obs. 169.* vel, si documentum publicum sit, quippe cui vis probandi per probationem contrarii

trarii omnino adimi poteſt. Verbo: Exceptiones contra inſtrumenta ipſo jure ſalvæ ſunt.

** GRIBNER. *Princ Proc. Lib.1. cap.3. Sect.3.* §.5. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.25.* §.3.

XX.

Præterea ſub recognitione documentorum, quam injungit judex, tacite continetur jurata diffeſſio, * vi cujus recognoſcere juſſus facultate gaudet recognitionem declinandi, mediante juramento, quo veritatem documenti deſtruit. Nec alia eximuntur documenta, quam quæ in publica fide nituntur. **

* Hæc alternativa juris eſt, nec ideo parti adimitur, utut recognitio ſub pœna recogniti fuerit injuncta. RIVIN. *Tit. 25. Enunc. 28.* BERGER *Elect. Diſcept. Forens. p. 766.* WERNHER. *P. 1. Obſ. 64.* LEYSER. *Spec.277. med.3.* ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 25.* §. 4. Nec nocet ex litis conſortibus alteri recognitio ab altero jamjam peracta, cum nemo ſuo facto alii præjudicium inferre poſſit. MENCKE *Diſp. 14.* §. 28.

** Conf. RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. 35. & 39. BERGER *Supplem.* ad *El. Diſc. Forenſ. Tom. 2. p. 532.* Quæ etiam cauſa eſt, cur ne recognitione quidem habeant opus. Utut vero hac ratione vera præſumantur, exceptionibus tamen tam contra formalia qvam contra materialia eorum fidem infringere licet.

XXI.

Poſt oblationem ad diffeſſionem, ſi exceptionibus, a producente forſan obje-

ctis

ctis, sit satisfactum, judex terminum jurandi præfigit. * In quo ipse ille, qui se obtulit, in propria persona ** juramentum præstare debet, nisi forsan observantia judiciorum toleret, ut & procurator, mandato speciali instructus, in animam principalis jurare possit. ***

* Nec enim opus est, ut sententia prius interlocutoria feratur, si producens non habeat, quid moneat. Isque terminus in Saxonia Electorali spatium 8. vel 14. dierum excedere non debet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 25.* §.1.

** Procurator enim non potest jurare de veritate, sed de credulitate solum, nec eam facti habet notitiam, quam ipse habet principalis. In juramentis autem præstandis eo cumprimis respiciendum est, an juraturus habeat notitiam ejus rei, super qua jurandum est. Quare ne cessionarius quidem admittitur facile, si juramentum cedentis haberi possit. GRIBNER. *Princ. Proc. Jud. Lib. 1. cap. 3. Sect. 3.* §. 8. *not. c.* In subsidium igitur demum, si juramentum veritatis frustra expectetur, tertius ad juramentum diffessionis admitti potest, add. MENCKE *Disp. 14.* §. 29.

*** Admittunt autem incredibili facilitate procuratorem in quam plurimis foris extra Saxoniam, & præsidium opinionis quærunt in ORD. CAMER. *P. 1. Tit. 65. & 66.* & RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. 43. quamvis variæ rationes dissuadeant, ut regulam ex istis legibus desumamus generalem, qva de re alibi videbimus.

XXII.

Contumax vero in termino diffessio-

 nis,

nis, ut & ille, qui jurare detrectat, * hanc in se provocat pœnam, ut documentum jam habeatur pro recognito, & exceptionibus, si quas habuisset contra documentum, ** locus amplius non concedatur. ***

* Quod ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.25.§.4.* ad eum etiam extendit, qvi post oblationem jam factam diffessioni iterum renunciat, nec a pœna contumaciæ eum liberat, nisi jusjurandum præstet, quod tempore oblationis documenta falsa esse existimaverit, nullamque fraudem adhibuerit.

** Eo effectu, ut jam judex documento simpliciter fidem habeat, nec, quæ ad hanc infringendam postea proferuntur, amplius curet.

*** In Saxonia Electorali secundum ORDIN. PROC. RECOGN. *alleg. loc.* pœnam quoque pecuniariam 10. 20. aut plurium Imperialium incurrit.

XXIII.

Formulam juramenti diffessionis aliam atque aliam commendant Doctores. * Satius est, eam non ad subscriptionis solum falsitatem in genere referre, sed præterea in formulam juramenti purgatorii ita convertere, ut & jurans suspicionem de scientia & consensu removeat. ** Id certum est, diffessionem documenti, quod producti propria manu scriptum venditatur, de veritate, do-

cumenti

cumenti vero alieni de credulitate concipiendam esse. ***

* Vid. LEYSER *Spec. 271. med. 1.* WERNHER. *P. 1. Obs. 168.* Ille nobiscum consentit, quod ad scientiam & consensum flecti debeat juramentum. Hic sigillatim, quando de diffessione documenti alieni sermo est, præter clausulam: *dass man Hand und Siegel nicht kenne*, judici suadet additamentum: *auch es dafür, wofür es ausgegeben worden, nicht halte.* Si dicendum, quod res est, judicem, opinor, ex officio curare debere, ne perjurium qvis facile committat, ideoque reservationes mentales præscindendas esse, quia juramentum diffessionis non delatis, sed legalibus, sigillatim purgatorio juramento, annumerandum est, in quibus, locum præprimis esse arbitrio judicis, nemo negabit.

** *Dass er das Document weder geschrieben, noch unterschrieben habe, auch solches mit seinem Wissen und Willen durch einen andern nicht geschrieben noch unterschrieben worden.* Ita ORDINAT. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 25. §. 4.* Sed facile patet, & optimam & ad evitandas reservationes mentales cumprimis aptam esse hanc formulam, eo nomine vero ubivis commendandam.

*** *Dass er nicht glaube noch dafür halte, dass der Aussteller solches geschrieben &c. &c.* Nec dubitavit Elector Saxo, quin eadem formula retineri possit, utut productus credat, nominis subscriptionem non adjectam esse documento jam extenso, sed alium in finem chartam blancam exhibitam. vid. *Introd. nostr. ad Jus Saxon. P. 4. Ex. 3. cap. 1. §. 67.*

XXIV.

Ipſa autem diffeſſio, ceu ex formula patet, non quoad ſubſcriptionem ſolum, ſed etiam quoad contenta fieri debet. Non enim permittitur producto, ut alterum recognoſcere, alterum diffiteri posſit, maxime, ſi fateatur, ſe documento jam extenſo ſubſcripſiſſe. * Quod ſi tamen indicia falſi ſuppeditare, & abuſum ſubſcriptionis probabilem reddere posſit ** productus, merito idem ille eſt audiendus. *** Cæterum ad diffeſſionem contentorum non admiſſus, exceptiones tamen contra documenti formalia neutiquam perdit, ſed illas vel in reprobatione, vel in reconventione deducere poteſt. ****

* Non tamen hoc in caſu plane ceſſat judicis arbitrium, cumprimis, ſi dolus producentis appareat, & indicia documenti ſuppoſititii adſint. Exempla habet LEYSER. *Spec.* 273. *med.* 5. *Spec.* 278. *med.* 5. *ſq.*

** De quibus an remota & levia eſſe poſſint, an proxima & gravia eſſe debeant, inter Doctores non convenit. Prius defendit GRIBNER *Princ. Proc. Lib.* 1. *cap.* 3. *Sect.* 3. §. 9. Poſterius LEYSER d. *Spec.* 278. *med.* 1. & 2. Res eo redit, ut ſtatuas, judicis partes hic eſſe primas, qui neque facile admittere debet argumenta vaga & minus concludentia, quo bono publico conſulat, neque difficilem ſe præbere in concedendo jura-

mento

mento diffeſſionis contentorum, ſi probabiles adſint cauſæ, quæ ſuſpicionem excitare poſſunt, quo fraudibus malevolorum obviam eat.

*** Quo nomine jurat, *daſs die Extenſion wieder ſein Wiſſen und Willen geſchehen.* Quod documenta aliena attinet, diffeſſionem contentorum plane non admittit Elector Saxo vid. *Introd. ad Jus Saxon. d. l.*

**** Prius, quando documentum producit, qui prior ad probandum ſe accingebat. Poſterius, ſi in reprobatione ejusmodi documentum productum ſit. Nec dubium eſt, quin, qui aliis ſuſpicionem ſuam probandi mediis deſtituitur, juramentum deferre poſſit. LEYSER. d. *Spec. 278. med. 7.*

XXV.

Utut vero is, contra quem documentum producitur, ad juratam diffeſſionem paratus ſit, leges tamen producenti permittunt, * ut productum vel per comparationem literarum, ** vel per teſtes, qui documentum recognoſcunt, convincere poſſit. Prius conſiſtit in legitima, judicialiter, & adhibitis arte ſcribendi peritis, iisque juratis, duarum vel plurium ſcripturarum ſeu ſigillorum collatione cum ſcriptura, quam alter vult diffiteri. Poſterius peragitur productione teſtium, jurejurando obſtringendorum, qui manum & ſcripturam ejus eſſe, qui documento ſubſcripſit, deponunt.***

Quæ depositio, ut, more in probationibus per testes consveto, fiat, res ipsa docet. ****

* Non itaque producto *L. 16. per C. de fide instrument.* NOVELL. *73. cap. 7.* LEYSER. *Spec. 278. med. 8.* Sed hic vel recognoscere vel jurato diffiteri debet documentum productum. Quod autem addit LEYSER *d. Spec. med. 4.* judicem eo in casu, si heredes ad diffessionem documenti a majoribus scripti sint parati, eosdem commonefacere posse, ut alias scripturas majorum requirant & inspiciant, antequam jurent, imo, quod idem Auctor permittit, ut judex formulam deinde ad hanc comparationem dirigat, id æquum omnino est, & ad evitanda perjuria apprime facit.

** Hoc medium subsidiarium solum esse, nonnulli statuunt, & tum demum adhibendum, si instrumenta a tertio, absente, vel mortuo subscripta sint. Verum non video, quare non eodem modo ipse productus convinci possit de perjurio.

*** Caute, quomodo utroque medio utatur producens, exponit STRYCK *Introd. ad Prax. Forens. cap. 19. §. 9. & 10.* MENCKEN *Disp. 14. §. 34.* Utrumque tamen tot fere incommoda habet, quot commoda, LEYSER. *d. Spec. med. 5.*

**** Inde dubium non est, quin in articulos sit redigenda probatio, & judex examen testium legitime peragere, atque productum audire debeat, si interrogatoria contra personas testium & merita causæ offerat. vid. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 25. §. 5.*

XXVI.

Verum, si dicendum, quod res est, exiguus

exiguus plerumque comparationis literarum est usus. * Vix enim, præter præsumtionem aliquam levem, productum pejeraturum, quid operabitur. Sic vero purgatorium tantum locum habebit, quod jurejurando diffessionis jam inest. ** Certe ad suppletorium juramentum producenti injungendum judex confugere non poterit, nisi alia adminicula adsint, quæ summum perjurii metum efficiunt. ***

* Quapropter hoc medium plane abrogavit Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit.* 25. §. 5.

** Omne enim argnmentum suspicionis desumitur ex similitudine manus, & nemo tamen non scit, frequentes esse impostores, qui manum alienam mentiuntur. Sic vero nimis violenta esset præsumtio, si ex eo solo] semiplenam probationem fingere vellemus.

*** Merito igitur erroneam dixeris eorum opinionem, qui inconsiderate satis eum in genere comparationis literarum prædicant effectum, ut juramento suppletorio locum faciat.

XXVII.

Alterum remedium, recognitio nimirum per testes tum demum utilitatem præstabit, quando testes vel scripturæ interfuerunt, vel minimum certam scientiam habent, * documentum ab eo, cujus

jus nomen præ ſe fert, ſcriptum aut ſubſcriptum, minimum ſciente & volente eo ab alio ſcriptum vel ſubſcriptum eſſe.

* Expediti enim juris eſt, teſti non haberi fidem, niſi rem, quam veram aſſerit, per proprium ſenſum perceperit. Neceſſe igitur eſt in noſtro caſu, ut vel ſubſcriptioni documenti, quod verum dicit, interfuerit, vel ex ore producti audiverit, eum agnoſcere documentum, add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit.* 25. §. 5.

XXVIII.

Hæc igitur recognitio, ſi plene & perfecte peracta ſit, eum, qui olim ſeſe ad juratam diffeſſionem obtulerat, pœna onerat contumaciæ, vi cujus documentum pro recognito habetur, exceptiones omnes amiſſæ cenſentur, & nonnunquam mulcta dictatur. * Sin minus plene ſit peracta, vel juramentum diffeſſionis in formulam juramenti purgatorii flectitur, vel producens ad juramentum ſuppletorium admittitur.

* Hanc ad quantitatem usque 10. 20. vel plurium Imperialium determinari jubet. *d.* ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *d. l.*

XXIX.

Plane, ſi probatio per documenta ſemel inſtructa, terminusque probatorius elapſus ſit, alia documenta ex poſtfacto producere non licet, niſi 1) noviter ſint

reper-

reperta, 2) producens jurare possit, quod eorum existentiam hucusque ignoraverit,* 3) res judicata causæ principalis intuitu nondum adsit. **

* Ab hac necessitate juramentum præstandi videntur tamen excepti, quibus contra lapsum fatalium competit beneficium restitutionis in integrum, quippe qui hoc beneficio legum recte utuntur, si læsionem docere possunt. Igitur, si nova documenta ita comparata non sint, ut intentioni assistant, merito adhuc a nova probatione excluduntur. Verum Elector Saxo præterea eo respicere jubet, anne indicia adsint, dolose vel malitiose documenta intempestive producta celasse illos, qvi jam restitutionem urgent. Hos enim a necessitate jurandi liberare novult. ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 24. §. 3.* Ipsum autem juramentum ita concipitur: *Daſs Producent zur Zeit des zuführenden Beweises oder Gegenbeweises entweder davon gar keine Nachricht gehabt, oder doch, wo solche anzutreffen, nicht gewust habe.* Quamvis posteriori in casu, si sciverit producens documenti existentiam, ejus sub articulis probatorialibus necessario facere debeat mentionem.

** Rem enim judicatam prætextu documentorum noviter repertorum rescindi vetat *L. 4. C. de re judic.* Quæ lex tamen limitanda ex *L. 31. de jurejur. L. 35. de re judic. L. 19. C. de transaction.*

CAPVT IV.

DE

PROBATIONE PER OCVLAREM INSPECTIONEM ET EA, QVAE FIT IN REBVS ARTIS.

I.

PRobatio per ocularem inſpectionem commode non ſolum, ſed etiam ex neceſſitate quadam ſuſcipitur in omnibus illis negotiis, quæ in ſenſus incurrunt; quæque, niſi res, de qua diſceptamus, oculis ſubjiciatur, ipſam deciſionem judicis, quæ judicium magis, quam teſtimonium, tollendæ obſcuritatis vel incertitudinis cauſa, exigit, omnino impedit. *

* Caſus varios vide apud MENCKEN. *Tract. Synopt. Proc. Tit. 28. §. 3. ſqq.*

II.

Integrum igitur quidem eſt parti, cui probandi onus incumbit, ut judicem de re controverſa oculis ſubjicienda admoneat. Pertinet tamen inſpectio ipſa magis ad officium judicis, quam ad jura partium, & ad certum fatale non eſt adſtricta, ſed omni tempore, etiam poſt rem judi-

judicatam, imo in ipsa executione * recte ad eam provocant partes non solum,** sed etiam judex non admonitus eam recte instituit & suscipit.

* BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 800.* BRVNNEMANN *Proc. Civil. cap. 22. n. 2.* Nec enim sententia, quæ per facti evidentiam eliditur, in rem judicatam transit. ZIEGLER *ad ord. Proc. Sax. tit. 28.* vid. tamen BERGER *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 24.* §. 8. *not. 2.* Ex quo facile constat, parti, quæ intra fatale probationis de oculari inspectione non cogitavit, præclusionis præjudicium objici non posse. WERNHER *P. 3. Obs. 28.*

** Quod Saxoniam Electoralem attinet, ORDIN. quidem PROC. RECOGN. *Tit. 28.* §. *1.* officium judicis hoc in argumento non restringit, parti tamen, quæ hunc probandi modum eligit, nihilosecius injungit, ut vel eo ipso tempore, quo probationem offert, vel post quatuordecim minimum dies a die publicatorum attestatorum judicem de oculari inspectione admoneat. Hoc vero neglecto res postea ab arbitrio judicis unice dependet, quæ ad jura partium antea simul spectabat.

III.

Inter eam vero ocularem inspectionem, quæ ex officio, & eam, quæ ad instantiam partis suscipitur, hoc interest, quod hic impetrans subministrare debeat sumtus, ibi judicis sit, pronunciare, quis sumtus ferre debeat. *

* add. d. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *d. l.*

IV.

IV.

In his una cum altera convenit, quod fieri debeat 1) citata utraque parte, * 2) una minimum parte in ipso actu, nec non 3) duabus personis judicialibus, cum Actuario præsentibus, 4) testibus, vel artis peritis, iisque juratis ** adhibitis.

* Ocularis enim inspectio, absente parte non rite citata, suscepta, *eine einseitige Besichtigung*, eatenus nulla est, ut plane non probet, atque ideo omnino repetenda sit legitime. RIVINVS *Tit. 28. En. 1.* BERGER *Oecon. Jur. Lib. 2. Tit. 6. §. 3. not. 9.* WERNHER *P. 4. Obs. 234.*

** Neque enim testi, neque artifici, tanquam testi, absque juramento fides habetur. CARPZOV. *P. 1. Const. 22. def. 12.* MEVIVS *P. 6. Decis. 160.* Sigillatim testes in præsentia partium præstare debere juramentum dubium non est. Idem juris est, si adhibeantur artis periti, qui jurejurando officiali generali nondum obstricti sunt. Sin hoc officii ipsis demandatum sit, ut oculari inspectioni intersint, eoque nomine juramentum præstiterint, ejus repetitione non est opus. Cæterum perinde est, sive juramentum speciale ante vel post ocularem inspectionem præstent. BERGER. *Oec. Jur. d. l.*

V.

Super ipso actu ocularis inspectionis præsens Actuarius registraturam omnibus numeris absolutam, & quidem eo ipso tempore, quo res oculis subjicitur, conficiat, omnino necesse est. Præterea

ea non facile negligenda ichnographia, *Abriß*, *Grundriß*, quæ apprime facit ad informationem futuri judicis, qui ipſi oculari inſpectioni non interfuit, de cauſa tamen cognoſcere debet. *

* Conf. RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. 1. ORD. PROC. SAX. *Tit.* 28. §. 2. Eaque, cum fidem habere debeat, neceſſitatem imponit judici, ut ad ocularem inſpectionem, ubi de ſitu fundi quæſtio eſt, vel ex officio, artis peritos, eoſque juratos, adhibeat.

VI.

Cum his negotiis, quæ non niſi per viſum percipiuntur, affinitatem habent omnia illa, quæ rem artis concernunt, & in diſceptationem veniunt. * Fieri enim non poteſt, quin judex, qui ipſe peritiam artis neque habet, neque habere debet, dubius in deciſione hæreat, & anceps, niſi prius judicium eorum, qui artem profitentur, requiſiverit, & inde in facto, cui jus applicandum eſt, ſufficienter ſe informaverit.

* Innumeræ enim ſunt lites, quæ deciſionem judicis expectant, ita comparatæ, ut facti notitiam a rerum peritis haurire debeat. Cogites modo cauſas œconomicas, cauſas, quæ rationes reddendas concernunt, cauſas opificum, ædificiorum, molitorum, &c.

VII.

In his itaque negotiis id parti & judici dandum eſt, ut duos vel tres rei peritos eligant, qui factum ipſum, quod in controverſiam abiit, rite ponderent prius, ac, quid res ſit, & quomodo comparata, ex regulis artis dijudicent, poſtea vero ad Acta referant, cauſamque ipſam ea ratione ad definitivam inſtruant. * Quo facto, dubium non eſt, quin judex ex ejusmodi relationibus deciſionem deſumere poſſit, modo tamen, qui retulerunt, fidem juraverint prius, ea ſolennitate, quam ſupra jam indicavimus.

* Ita in rebus œconomicis, &, quæ rationum redditionem concernunt, procedi jubet ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 28.* §. *2. ſqq.* Sed quis dubitabit, hoc generale eſſe principium, cauſas artis & opificii decidendi?

CAPVT V.
DE
PROBATIONE PER JVRAMENTI DELATIONEM.

§. I.

ILle, qui aliis probationibus deſtituitur * vel ſuper tota cauſa, vel ſuper certis circumſtantiis, juramenti delatione recte utitur, & vi ejus parti adver-

ſæ

sæ permittit, ut id ipsum, quod verum deferens asserit, jurejurando interveniente, ad effectum finiendæ litis, falsum dicere possit.

* Est quidem probatio per juramenti delationem ita comparata, ut rem omnem celerrime finiat, nihilo-secius tamen subsidiaria est. Igitur nec suadendum illi, qui alias probationes habet paratas, ut ad juramenti delationem confugiat, & rem conscientiæ alterius committat, cum fieri possit, ut adversarius salutis suæ non satis memor jusjurandum acceptet, nec permittendum illi, qui aliis probationibus jam utitur, ut super una eademque circumstantia juramentum quoque deferat *c. 2. X. de Probation.* sed judex juramentum ex officio rejicere debet. LEYSER *Spec. 137. med. 5.* Super ipso autem negotio probaturus testes offerre, & super quibusdam circumstantiis juramentum deferre omnino potest. MARTINI *Proc. Tit. 18. §. 3. n. 6.* LEYSER. *Spec. 135. med. 6. sq.*

II.

Utitur vero omnis ille juramenti delatione, qui gaudet facultate transigendi, & defert vel ipse, vel per mandatarium speciali mandato instructum, etiamsi ne minimam quidem veritatis speciem pro se habeat * in omnibus causis, etiam famosis, ** quatenus sermo est de meo & tuo, modo circumstantia, super qua defertur juramentum, relevet, *** nec leges facultatem deferendi juramentum expresse restringant. ****

* Hoc in dubium vocat MEVIUS *P. 6. Decis. 405. n. 9. in Additam.* COTHMANN. *Vol. 2. Resp. 82.* & demonstrationem ejus, super quo jurandum, prærequirit aliqualem. Sed huic opinioni obstat *L. 35. pr. D. de jurejur.* add. WERNHER. *P. 7. Obs. 101. P. 8. Obs. 260.* LEYSER. *Spec. 135. med. 5.*

** Clare hanc sententiam confirmant *L. 52. §. 27. de furt. L. 5. §. 8. L. 11. §. 1. de injur. L. 9. §. 2. de jurejur. cap. 36. X. de jurejur. Decis. Elect. Sax. 17.* Sic vero fieri potest, ut a processu criminali ob defectum indiciorum liberatus actionem civilem ratione interesse privati & juramenti delationem effugere nequeat.

*** Nomen enim divinum inutiliter & citra necessitatem adhibendum non est. Quemadmodum itaque, quæ probata non relevant, non admittuntur, ita &, quæ juramento firmata decisioni causæ non inserviunt, merito a judice rejiciuntur *c. 2. X. de probat. L. 3. C. de reb. credit. L. 34. §. 8. D. de jurejur.* WERNHER. *P. 2. Obs. 494.*

**** Sunt hi casus ex theoria satis noti. Quam incongrue autem huc referant juramenta contra sponsalia vel matrimonia delata, collige ex iis, quæ tradit STRYCK *Diss. de delat. juram. in matrim.* BÖHMER. *Jur. Eccl. Protestant. Lib. 2. tit. 24. §. 60. sqq.* Merito itaque hanc opinionem deserit LEYSER. *Spec. 137. med. 8.*

III.

Defertur juramentum illi, ad quem causa spectat, * super facto probando, cum proprio, tum alieno, cujus probabilem habet notitiam, ut super illo de veritate, super hoc de credulitate jurare debeat.

debeat. Non tamen cogi poteſt deferens, ut juramentum adverſarii de credulitate admittat, ſi juramentum veritatis haberi poſſit. ** Tertio, ad quem cauſa non ſpectat, utut alterius nomine eam defendat, ſuper facto alieno juramentum minus recte defertur, ſuper facto proprio autem omnino jurare debet. ***

* Igitur homini etiam levi & de perjurio ſuſpecto. Habet enim juramenti delatio vim conventionis. Nec ſola ſuſpicio, alterum pejeraturum, ſufficit, ut beneficia juris alicui adimamus. LEYSER. *ſpec. 136. med. 6.* An & illi, qui plene probavit? Negant omnes cum MEVIO *P. 8. Deciſ. 333.* auctoritate *c. 2. X. de probation.* ſuffulti. Recte tamen LEYSER *d. Spec. med. 7.* hanc opinionem temperat, & caſum ſubintelligendum eſſe docet, ubi nullum circa peractam probationem dubium ſupereſt.

** Eſt enim juramentum de credulitate tantum ſubſidiarium, maxime, cum facti alieni juſta ſit ignorantia. Eaque propter, ſi de facto cedentis ſermo eſt, ceſſionarium ad juramentum admittere non debet probans, ſed juramentum cedentis recte, quando haberi poteſt, exigit WERNHER. *P. 1. Obſ. 238.* Idem confirmat ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18. §. 6.* Eodem modo tutorem vel curatorem admittere non debet ad juramentum de credulitate loco pupilli vel minoris præſtandum, qui in cauſa horum juramenti delatione utitur. MENCKEN. *Diſp. 9. §. 28.*

*** Non cogitur itaque tutor, curator, procurator, ut ſuper facto principalis juret. Omnino au-

tem jurare debent omnes illi, qui aliena negotia gerunt, quando de facto vel ab ipsis commisso, vel cujus optimam habent notitiam, sermo est. Exempla vide apud LEYSER. *d. Spec. 136.*

IV.

Ita regulariter defertur juramentum, ut factum proprium adversarii conscientiæ, *Gewissen*, factum alienum ejus scientiæ vel notitiæ, *Wissenschafft und wohlbewust*, committatur. Præstat vero formula generali uti, *man wolle über die Klage, über den Articul den Eyd deferiren*, cum eam deinde judex pro conditione personæ, & qualitate facti, super quo jurandum est, declarare possit & debeat. *

* Hac formula efficimus, ut ne judex irritam declaret ipsam juramenti delationem, qua forsan factum proprium scientiæ, alienum conscientiæ committimus. Id enim hoc in casu judicem facere debere, contendit BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 542.* RIVINUS *Tit. 18. En. 39.* Salvum igitur manet judicis arbitrium, ut, formula generali adhibita, juramentum vel veritatis vel credulitatis decernat. GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 1. §. 8.* WERNHER. *P. 9. Obs. 63.* Verum omnem hanc subtilitatem tollit ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18.* §. 3. dum judicis officium ad formulam alligari prohibet, & e contrario, ut id, quod res est, respiciat, disponit.

V.

Hoc in Saxon. Elector. singulare quidem,

dem, sed rationis est, & ad evitanda perjuria apprime facit, quod, si super quanto deferatur juramentum, cujus summam deferens ipse præcise exprimere non valet, idem deferens, qui apto concludendi medio non destituitur, uti possit hac formula: *Dass er so und so viel* v. c. 10. 20. 30. 100. *und nicht weniger oder mehr zufordern habe.* Jam enim alter, dum specifice ad singulas propositiones litem contestatur, ad singulas etiam quantitates respondere debet. *

* vid. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.* 5. §. 5. quæ etiam judici injungit, ut deferenti, qui ipse commodorum suorum oblitus istam formulam negligit, ex officio succurrat. Præterea eum, qui quantum, quod debet, jurato indicare detrectat, in quantitatem a deferente expressam condemnari, contra eum, qui, minorem summam, a deferente, utut in probatione demum expressam, se debere, negaverat, si postea mendacii convincitur, sententiam ferri, ipsumque deferentem, qui, minori summa, ab altero oblata, non contentus, ad probationem sese accingit, &, majorem tamen summam sibi debere adversarium, non probat, temere litigantem declarari jubet.

VI.

Juramentum, quia est species probationis, regulariter nemo prius defert, quam ad probationem sese accingit. * Et ideo, sive actor, sive reus, ille iterum, sive

super actione, sive super replica, juramenti delatione utatur, terminus probatorius observandus, eo vero elapso, ob poenam desertionis, juramenti delatio non amplius admittenda est. **

* Inde facile dijudicari potest quaestio: an, probatione simpliciter injuncta, juramenti etiam delatio sit concessa? Hanc enim affirmandam esse, quousque lex aliud fatale juramenti deferendi non praestituit, nemo non videt. add. *L. 25. §. 3. de Probat.* ibique BRUNNEMANN. MEVIUM *P. 4. Decis. 6.* WERNHER. *P. 2. Obs. 288.* LEYSER. *Spec. 135. med. 1.* Non igitur opus est, ut judex, qui probationem injungit, juramenti delationem simul reservet, cum, quod saepius diximus, facto suo beneficia legis tollere nequeat, add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18. §. 2.*

** Quodsi vero terminus probatorius praestitutus non est, semper salva est juramenti delatio, etiam illi, qui alia probatione usus est, & in ea defecit, cum, qui sponte probationem aggreditur, ab ea iterum desistere, & aliam substituere possit, quando lex vel judex illi certum fatale non praescripsit, add. FRANZK. *ad tit. D. de jurejur. n. 108.*

VII.

Atque haec regula, rei intuitu, qui exceptiones per juramenti delationem probare intendit, universalis est. * Nec dubium, quin actor, replicae intuitu, quae certe favorem defensionis habet, eodem jure utatur. ** Quod autem actionem

nem *** attinet, in Saxonia actor **** juramentum deferre debet ante Litis contestationem, ***** imo iis in judiciis, quae guarandam adhuc exigunt, ante ejus praestationem. ******

* WERNHER. *P 6. Obs. 263.* LEYSER *Spec. 135. med. 3.* Salvum tamen rei est arbitrium, an juramenti delationem statim subjicere velit exceptionibus. Id accipias velim de peremtoriis. Quae enim dilatoriae sunt vel litis ingressum impedientes, ante Litis Contestationem & allegandae & probandae sunt, quamvis in Saxon. Elector. super his ne juramenti quidem delatione uti liceat. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 11. §. 1.* Praeterea reo plane non est permittendum, ut super articulis reprobatorialibus, quae non ad exceptiones pertinent, sed contra probationem diriguntur, juramentum deferat. Aut enim actor plene probavit, aut non. Ibi parata certe ipsi est probatio pro exoneranda conscientia. Hic juramenti delatione non est opus, cum actore non probante, reus sit absolvendus, WERNHER *P. 4. Obs.* 47.

** add. BERGERI *Diss. de articulis elisivis*, ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 18. §. 2.*

*** Idem juris est, si actor replicam libello inseruit, quae tum, ut pars libelli, jure libelli merito aestimanda est. d. ORD. RECOGN. *d. l.* BERGER. ELECT. *Disc. Forens. p. 505.* WERNHER *P. 2. Obs. 311.* Interim sufficit juramentum semel tempestive esse delatum. Nec enim opus est, ut cum libello, iis in judiciis, ubi ex stylo Curiae ejus repetitio peragitur in termino, iterum repetatur juramenti delatio. RIVINVS *Tit. 18. Enunc. 30.*

**** Quod & alibi disponitur. De jure Lubecensi vid. MEVIUM *Lib. 3. art. 2. n. 11.* De jure Hamburgensi res certa non est. Quæ enim hanc in rem eloquitur STATUTORUM *Tit. 34. art. 1.* dispositiva non sunt. Quare & actori hoc jus post Litis Contestationem integrum servat WERNHER. *P. 7. Obs. 83.* Cæterum, si lex hoc probandi medium alligat ad tempus definitum, nullius usus erit ejus sola reservatio ad tempus futurum, sed præcise probans eodem uti debet intra fatale.

***** Ergo non præcise conjungenda est juramenti delatio cum ipso libello, Saxonia Electorali excepta. Clare enim ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 18. §. 1.* actori injungit, ut in ipso libello oblato adversario juramentum deferat. Postea non admittitur, nisi novam citationem impetret, & expensas refundat. Verum & hoc ipsi licet solum, quousque lis pure nondum est contestata & probatio cum effectu rei judicatæ injuncta. ORD. PROC. *Vet. Tit. 18. §. 1.* Extra Saxoniam Electoralem autem generatim litis contestatio demum pura & rite facta excludit juramenti delationem. Ergo in termino adhuc deferri potest, BERGER *Elect. Disc. For. Suppl. Tom. 2. p. 402.* MENCKE *Disp. 18.* §. 4. Præterea, si reo melior litis contestatio sit injuncta, adhuc salva est juramenti delatio, WERNHER. *P. 1. Obs. 145.*

****** Actualem nimirum, ut sic sola oblatio verbalis non excludat juramenti delationem, GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 1. §. 1.* utut reus guarandam acceptaverit. WERNHER. *P. 1. Obs. 58.* Imo, licet reus litem forsan ante guarandæ præstationem eventualiter contestatus sit, adhuc tamen actorem eo ipso, dum guarandam postea præstat, ad juramenti delationem admit-

tendum

tendum esse censet BERGER. *Supplem. Tom. 1. p. 160. sq.* Dissentit vero WERNHER *P. 7. Obs. 255.* nec aliter eam admittit, quam si fiat ante guarandæ actualem præstationem.

VIII.

Ipsa juramenti delatio Jure Communi absque omni solennitate absolvitur. Nec enim plus requiritur, quam ut ille, qui hac probatione utitur, judici intra fatale intentionem exponat, & circumstantias, super quibus juramentum defert, exprimat. * In foris Saxonicis autem, quando post Litis Contestationem ille, qui ad probandum sese accingit, juramenti delatione utitur, idem & ipsam probationem articulis includit, & juramenti delationem articulis subjicit. **

* Has autem, ut specifice exprimat, & loci, temporis, & quæ sunt id generis alia, mentionem faciat, tum quidem omnino est necesse, quando juramentum in causa famosa super eo, quod interest, defertur, quo facilius alter conscientiam probationibus exonerare possit. BERGER *in Resolut. Lauterbach. tit. de jurejur.* Ut id ipsum vero ad causas non famosas applicetur, nulla necessitas urget, nec, eo neglecto, putarem, juramenti delationem rejiciendam esse, si modo, quæ sit actoris intentio, appareat, & negotium ipsum ita non qualificatum sit, ut ejus decisio ex circumstantia loci vel temporis dependeat. Sic enim accipio opinionem WERNHERI, qui *P. 4. Obs. 239.* necessitatem, circumstantias illas in causa

causa non famosa specifice exprimendi, remittit. ** Sive actor super replica, sive reus super exceptionibus juramentum deferat, omne enim dubium ea de re sustulit ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit.18. §.2.* Alias juramenti delationem in termino productionis ad huc salvam esse putat WERNHER. *P.4. Obs. 171.* quod nulla lege præscriptum sit, ut juramenti delatio articulis subjiciatur. add. MENCKE *Disp. 18. th. 12.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 505.* Sed recte monet GRIBNER *Princip. Prov. Lib. 1. cap. 4. Sect. 1. §. 7. not. a.* tuto juramenti delationem ad terminum productionis suspendi non posse. Si enim dicendum, quod res est, juramenti delatio ad media probandi pertinet, quæ a mero partium arbitrio dependent. His in genere fatale probationis est præstitutum, quod peremtorium esse nemo negat. Eaque propter non est, cur juramenti delationem a regula eximas.

IX.

Postquam delatum est juramentum, judicis jam est, ut de intentione ejus, cui delatum est, certiorem se & deferentem * reddat. Quo nomine in Saxonia terminum præfigit *zur Einlassung*, ut constet, utrum alter fateatur factum, vel neget. Posteriori in casu ** per sententiam interlocutoriam super juramenti delatione cognoscit, & parti adversæ facultatem concedit, jam a lege tributam, *** utrum jurare, an juramentum referre, **** an conscientiam probatione

tione exonerare velit. Jure vero Communi judex citra ambages monet eum, cui juramentum delatum est, ut se declaret, quæ sit intentio, contumaci pœnam jurare nolentium minatur. *****

* Hanc citationem ipse deferens plerumque excitare, & judicem eo nomine implorare solet, imo in Saxonia Elector. sub pœna 5. Imperialium implorare debet, quamvis judici etiam non implorato lex sit imposita, ut declarationem alterius ex officio urgeat. vid. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18. §. 2.*

** Priori enim in casu, si pure affirmet alter, & totius causæ decisio a confessione pendeat, sequitur condemnatoria, sin alia controversiæ capita adhuc discutienda veniant, interlocutoria sententia fertur, quæ vel probationem eorum injungit, vel litem tantum super juramenti delatione definitive componit.

*** Quare judex hanc electionem adimere nequit, quam *L. 9. C. de reb. credit. C. 2. X. de probat.* concedit. Eaque vel tacite inest sententiæ, quæ juramentum delatum præstari simpliciter jubet, ut eo nomine ne remedio quidem suspensivo opus sit. LEYSER *Spec. 139. med. 3. sqq.* Imo licet mors deferentis interveniat, salva tamen nihilosecius alteri manet electio, ut dubium non sit, quin juramentum deferentis heredibus referri possit. WERNHER *P. 2. Obs. 385.* Cæterum neque terminum, neque sententiam præcise expectare debet ille, cui juramentum defertur, sed anticipatio omnino licita est, & recte adhibetur, eo fine, ut deferenti facultatem revocandi adimat.

**** Quæ relatio tamen præsupponit juramenti dela-

delationem super facto communi vel alieno, BERGER *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 25. th 8. not. 4.* Quod eatenus verum est, ut nihil intersit, si factum illud deferenti æque minus notum sit, quam illi, cui juramentum est delatum, GRIBNER *Princip. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 4. §. 2. not. b.* Super facto autem proprio relatio plane cessat *L. 34. pr. & §. 8. D. de jurejur.* etiamsi præsente deferente gestum sit, WERNHER *P. 1. Obs. 214.* Sin nihilosecius alter relatione utatur, juramentum ipsum deseruisse censetur, RIVIN. *Tit. 18. Enunc. 56.* quod tamen correxit ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 18. §. 1.* & judicem instruxit, ut præstationem juramenti delati simpliciter injungeret.

***** Paulo aliter rem ordinat Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. & illi, cui delatum est juramentum, injungit, ut vel statim in termino, quando ad circumstantias, super quibus delatum est jusjurandum, respondet, sese declaret, utrum jurare, an referre, an conscientiam probationibus exonerare velit, vel postea sibi habeat, quando judex in sententia interlocutoria præstationem juramenti simpliciter injungit, & electionem excludit. Cum e contrario in Saxonia Communi & ante & post responsionem, etiam post sententiam interlocutoriam, declaratio ista fieri possit, nec eo nomine quicquam intersit, nisi quod judex sententiam ferat declarationi conformem.

X.

Non acceptatum solum juramentum illum, qui acceptavit, præcise ad jurandum obligat, sed & relatum onus jurandi in deferentem ita transfert, ut ulterius

rius referre, vel conſcientiam probatione exonerare nequeat, ne alias detur progreſſus in infinitum. * Imo nec ceſſat neceſſitas præſtandi juramentum, etſi mors ejus, qui jurare debebat, interveniat. **

* add. CARPZOVIUM *P. 1. Conſtit. 14. def. 4.*

** Hoc argumentum ex profeſſo pertractavit STRYCK *Diſſ. de morte loco jurisjurandi.* Rem ipſam Jus Civile non determinat, eique omnino convenit, ut heres adhuc juramentum præſtet. CARPZOV. *Lib. 2. Reſp. 120.* LAUTERBACH *Diſſ. de relatione juram.* §. 25. *ſqq.* Idque confirmat ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18. §. 8.* Doctores varie diſtinguunt, & poſt acceptationem, non ante eam, juramentum pro præſtito habent, imo & poſt acceptionem eo reſpiciendum eſſe jubent, utrum deferens, an juraturus tergiverſatus ſit. Sed parum abeſt, quin iis in locis, ubi lex tacet, rem arbitrio judicis juſto & probabili committas, add. WERNHER. *P. 10. Obſ. 458.*

XI.

Is etiam acceptationis juramenti * peculiaris traditur effectus, quod revocatio juramenti delati, ob vim tranſactionis, locum ſibi amplius non vindicet, aliamque probationem deferens ſubſtituere non poſſit. Verum non Juri Civili ſolum, ** ſi a caſu jam præſtiti juramenti, vel exiſtentis rei judicatæ, diſceſſeris, hic

hic effectus incognitus est, sed & concedunt Interpretes, cum probationes noviter repertas revocationi locum dare, tum justum perjurii metum, si hic probari possit, excludere præstationem juramenti, ut sic satius sit, absque limitatione revocationem concedere, quam regulam, per limitationes destruendam, conficere. ***

* Non tamen excludenda est relatio, & oblatio ad probationem pro exoneranda conscientia, imo nec excludenda res judicata, quæ juramenti præstationem confirmat. add. KRAUSII *Tr. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 2.* §. 3. Acceptationem tamen puram, nec cum reservatione relationis aut defensionis conscientiæ factam esse, debere, monet. WERNHER. *P. 8. Obs.* 444.

** Clara eam in rem extat *L. 11. C. de reb. credit.* quæ sat prægnantem habet hanc rationem, quod judex, ubi aliæ probationes adsunt, ad jusjurandum admittere non debeat eum, quem, pejeraturum, ex verosimilibus indiciis colligere potest. Et ita omnes fere Interpretes. vid. WERNHER. *P. 8. Obs. 377. 416. P. 10. Obs. 394.* Cum autem hi non distinguant inter probationes, quæ caussam principalem noviter instruunt, & probationes, quæ indicia perjurii præbent, non video, cur in regula negent, revocari non posse juramentum acceptatum. Hoc tamen facile concesserim, solam vagam suspicionem, indiciis non munitam, non sufficere ad revocationem.

*** Vid. de integro hoc argumento LEYSER *Spec. 138. per tot.*

XII.

XII.

Defenſionis conſcientiæ per probationem, moribus magis, quam lege, ſtabilitæ, * is finis eſt, ut ille, cui juramentum eſt delatum, ** ſe a præſtatione ejus liberet, dum probationem contrarii ejus, ſuper quo juramentum delatum, ſuſcipere & abſolvere intendit.

* Jure Saxonico expreſſe eſt approbata per *Conſtit. Elect. 14. P. 1.* ORDIN. PROC. VETER. *Tit. 19.* §. *1.* iisque maxime favet, qui nimis ſuperſtitioſi jurisjurandi præſtationem in cauſa etiam juſta abhorrent. Sed plus adhuc favet iis, qui procraſtinationes proceſſuum amant, iisque adverſarii conditionem duriorem efficere ſtudent, cum, quod mox dicemus, illi etiam, qui in ejusmodi probatione defecit, ad jusjurandum concedatur regreſſus.

** Non itaque conceditur illi, cui juramentum eſt relatum. Ratione delati autem juramenti nil intereſſe videtur, ſive pars parti, ſive judex ex officio jusjurandum detulerit, quousque legis prohibitio deficit. Exempla ejusmodi prohibitionis ratione juramenti diffeſſionis, editionis, ſuppletorii, & purgatorii occurrunt in ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 26.* & *Tit. 32.* Ut autem, qui hac probatione uti vult, eo nomine ſeſe ante acceptationem vel relationem declarare debeat, res ipſa docet, quia alternative cum his concurrit. add. ORD. PROC. SAX. VETER. *Tit. 19.* §. *1.*

XIII.

Hæc igitur defensio conscientiæ vicem reprobationis * sustinet, negative non affirmative ** peragendæ, & eodem modo, eademque solennitate, quam probatio in genere prærequirit, absolvendæ, *** ademta tamen jusjurandum deferendi facultate. ****

* Ergo contra defensionem conscientiæ illi, qui juramentum detulit, nova probatio non conceditur. Hic enim probationem jam per delationem juramenti absolvit; probationem autem probationis non tolerat Praxis. add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 19.* §. 2.

** Dirigenda igitur est ad factum ipsum, de quo jurandum, ita, ut directo contrarium ejus contineat. Exceptiones autem & replicam intermiscere non licet, maxime, cum illi, qui, dum juramentum ipsi esset delatum, negative respondebat, exceptiones peremtoriæ haut prosint, & exceptiones conscientiæ commissas replica elidere omnino superfluum sit. Quid quod adversario, si exceptio vel replica objectum hujus probationis esset, via reprobationis præcluderetur. BERGER *El. Disc. Forens. Tit. 19. Obs 1.* WERNHER *P. 1. Obs. 352.* Eas tamen exceptiones, quæ qualitatem in libello expressam elidunt, admisceri posse, contendit BERGER. *Suppl. Tom. 1. p. 226. sqq. Tom. 2. p 459.* RIVIN. *Tit. 19. En. 17. sq.* add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 19.* §. 2.

*** Quapropter intra fatale probatorium, a judice in sententia, post declarationem lata, determinatum, vel lege etiam præstitutum, est offerenda, articulis

articulis includenda, productionis testium & documentorum ratio habenda. add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *D. Tit.* 5. 2. quæ tamen interrogatoria solum generalia contra personas testium, non præliminaria vel specialia, quæ merita causæ concernunt, admittit, quia hæc posteriora vicem reprobationis sustinent. add. *Decis. Elect.* 19. Cæterum ipsa solennitas hujus probationis causas ordinarias præsupponit. In summariis e contrario per modum demonstrationis peragitur, quamvis formulam in utrisque eandem adhibeat judex, *das Gewissen mit Beweiß vertreten.* BERGER *El. Disc. Forens. p.* 607. & *Supplement. Tom.* 1. *p.* 229. GRIBNER *Princ. Proc. Lib.* 1. *cap.* 4. *Sect.* 3. §. 5.

*** Quod inde est, ne progressus alias fiat in infinitum, neve hæc probatio cum relatione juramenti confundatur. add. MENCKEN *Disp.* 10. §. 3.

XIV.

Effectus hujus probationis plene peractæ * in eo consistit, ut jam juramentum præstare non debeat is, cui illud erat delatum, sed absolvendus sit. Sin minus plene probavit, juramentum legale vel suppletorium vel purgatorium eligere potest judex. ** Sin deseruerit probationem, causa cadit. *** Si denique nihil probavit, Praxis regressum concedit ad juramentum principale. **** Quod tamen tolerandum haut esset. *****

* Ut autem constet, quomodo comparata sit hæc probatio, partes prius super eadem ipsa discep-

 ptare,

ptare, & judicem informare solent mutuis positionibus. Quas in scriptis offerre vetat ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 29. §. 3.* & judici injungit, ut brevem præfigat terminum, in quo partes oretenus intra septiduum positiones ad Acta dictitent.

** Sed, cum his in casibus formula solum juramenti alia, objectum super quo jurandum, idem sit, satius putat GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 3. §. 8.* ut judex eum, cui juramentum erat delatum, perinde, ac si nihil probasset, statim ad jusjurandum delatum remittat. Quod tamen tum demum locum habere potest, quando leges ad hoc jusjurandum concedunt regressum. In Saxonia vero Electorali, ubi ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 19. §. 1.* eum, si plene probatum non sit, excludit, judex juramentum delatum in legale recte convertit.

*** Qui enim hanc probationem deserit, juramentum ipsum deseruisse censetur. Pari ratione nec eum ad juramentum iterum admitti posse puto, qui contra se ipsum probavit. Dissentit quidem RIVINUS *Tit. 19. Enunc. 29.* Sed quis non videt, manifesta jam esse perjurii indicia, quæ, quando extant, merito juramenti præstationem excludunt, add. BERGER *Supplement Tom. 1. p. 225.* Quod demum attinet illum, qui huic probationi iterum renunciat, nec non illum, qui articulos parum idoneos obtulit, eum ad juramenti præstationem adhuc admittendum esse, omnino putant RIVINUS *Tit. 19. En. 25. 28.* BERGER *Elect. p. 613.* MENCKEN *Disp. 10. §. 6.* WERNHER *P. 5. Obs. 66.* Aliter tamen ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 19. §. 1. & 2.* quippe quæ & renun-

renunciandi, & ineptam probationem offerenti, regressum ad juramentum denegat.

**** Ut tamen expensas, quibus temere causam dedit, restituat.

***** Partim, quia alternative hæc probatio cum acceptatione & relatione concurrit, in alternativis autem electione semel facta variatio cessat, partim, quia ansam procrastinandi litem suppeditat iste regressus ad juramentum, eoque ipso durior fit adversarii conditio, partim, quia ille, qui scit, minimum scire potest, probationem sibi deficere, hoc tamen beneficio in præjudicium adversarii abutitur, non immerito pœnam subit. Hoc certum est, quod Elector Saxo in ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 19. §. 2.* illi, qui nihil probavit, regressum ad juris jurandi præstationem deneget.

XV.

Quando nihil superest, quod jurisjurandi præstationem remoratur, * in foris Juris Communis & Saxoniæ Electoralis judex, vel imploratus, vel ex officio, terminum jurandi præfigit. ** In foris Juris Saxonici Communis e contrario ille, cui juramentum delatum est, *** sese intra octiduum, postquam sententia, super juramenti delatione lata, in rem judicatam transiit **** prius offerre debet ***** ad jurandum sub pœna desertionis. ****** Postea demum judex de termino jurandi sollicitus est.

* Quod fit jure Communi, quando ille, cui juramen-

ramentum est delatum, sese declaravit, & juramentum acceptavit, vel in Saxonia Electorali sententia, super declaratione lata, vires rei judicatæ obtinuit, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 18.* §. 7. vel, quando defensio conscientiæ insufficiens per sententiam declarata est.

** Qui, si lex, V. C. ORDIN. PROC. SAX. *alleg. loc.* quæ spatium Saxonicum determinat, spatium certum non præstituit, arbitrarius est.

*** Ipsum fatale oblationis, quod ORDIN. PROC. SAX. ELECT. *Tit. 18.* §. 7. plane sustulit, in reliquis foris Saxonici juris ideo inventum est, ut judici constet, velitne ille, cui jusjurandum est delatum, jurare, an referre juramentum, an conscientiam defendere. Atque ideo in genere juramentum desertum censetur, nec relationi nec defensioni conscientiæ locus datur, nisi oblatio tempestive fiat. Postea tamen hæc necessitas sese offerendi etiam applicata est ad juramenta, quæ relationem & defensionem conscientiæ non admittunt, suppletorium nempe & purgatorium MENCKE *Diss. 10.* §. 24. ad juramentum item, ad quod ille, qui in defensione conscientiæ defecit, regreditur, imo ad relatum etiam, ex parte ejus, cui refertur, si ante sententiam relatio facta sit. RIVIN. *Tit. 18. Enunc. 53.* In reliquis autem legalibus juramentis plane cessat, sub quibus generatim intellige ea, quæ nulla prævia demonstratione vel probatione injunguntur. WERNHER *P. 7. Obs. 88.* Cessat etiam in causis injuriarum, IDEM *P. 8. Obs. 272.* Cessat denique generatim in causis, ubi per modum inquisitionis vel simplicis denunciationis proceditur. IDEM *P. 6. Obs. 294.*

**** Et ex parte ejus, qui juramentum detulit, purificata est. BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 559. & Supplem. Tom. 2. p. 438.* Plane ad tempus

octidui

octidui post rem judicatam ita adstringitur oblatio, ut & anticipatio vim oblationis non habeat, sed desertionem juramenti operetur. Quamvis enim non denegent Saxones facultatem anticipandi declarationem, urgent tamen nihilosecius postea novam intra octiduum oblationem. BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 568.* Cæterum facile patet, rem judicatam demum adesse, quando remediis suspensivis, contra sententiam, quatenus super juramenti delatione lata est, interpositis, satisfactum est, v. c. a tempore renunciationis, si ipse, qui jurare debebat, remediis usus sit, factæ notificationis, si alter remedia interposuerit, iisque renunciaverit, publicatæ sententiæ rejectoriæ, vel insinuatorum remissorialium, si remedium in disceptationem venerit. add. GRIBNER. *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 2. §. 5. sqq.* WERNHER *P. 1. Obs. 22.*

***** Et simul judicem de termino præfigendo, & adversario, ad videndum jurari & præstandum juramentum calumniæ citando, implorare. Hac enim forma neglecta iterum deseruisse censetur juramentum, GRIBNER *d. l. §. 9.* qui tamen monet, sufficere ad evitandam desertionis pœnam, si modo in genere citationem & terminum juratorium urgeat ille, qui se offert. Cæterum, modo citatio rite petita sit, non obest petenti, si spatii adversario dandi non fecerit mentionem. WERNHER. *P. 7. Obs. 225.* nec obest, si judex intra spatium Saxonicum a tempore oblationis citationem haut emiserit. IDEM *P. 7. Obs. 35.*

****** Quæ pœna pertinet etiam ad eum casum, si oblatio fiat a mandatario speciali mandato non instructo, nec principalis intra octiduum ipse ratihabeat, GRIBNER *d. l. §. 8.* Imo ne mandatum qui-

dem acceptandi juramentum ad eum effectum admittit WERNHER *P. 1. Obs. 127.* ut inde oblatio sustineatur, sed adhuc juramentum declarat desertum. De quo tamen merito dubito, cum is certe acceptationis sit effectus, ut juramentum præstare debeat acceptans, illeque, qui vult antecedens, non possit non etiam velle consequens.

XVI.

Ita vero judex terminum præfigit, ut partim illi, cui juramentum est delatum, hujus præstationem injungat, partim eum, qui detulit, ad videndum jurari & præstandum juramentum calumniæ citet. * Si relatum est juramentum, deferens ad principale & calumniæ jusjurandum præstandum, cumprimis secundum Praxin in Saxonia, ** citandus est.

* Hoc juramentum, quia excludit suspicionem litis per calumniam motæ, & defectum indiciorum supplet, quæ alterum gravant, ut juramentum principale declinare nequeat, adeo necessarium judicant ipsæ leges, ut ne delatum quidem juramentum prius præstandum sit *L. 38. D. de jurejur.* Quare non judex solum in sententia, quæ juramenti delationem confirmat, ejus præstationem injungere, sed & citatio ad terminum jurandi ejus mentionem facere solet, etiamsi alter, cui juramentum delatum est, judicem eo nomine haut imploraverit. Certe, nisi vel ille, qui juramentum principale præstare debet, jusjurandum calumniæ remittat, judex deferentem, cui

lex

lex immunitatem non concedit, ab ejus præstatione liberare nequit, WERNHER *P. 8. Obs. 461.* Curet tamen ille, cui juramentum principale injungitur, ut judex deferentem ad præstationem juramenti calumniæ expresse citet. Alias enim, ut de calumnia in termino juret, compelli nequit, nisi vel sententia interlocutoria ei jam ejus præstationem injunxerit. vid. ORDIN. PROC. SAX. VET. *Tit. 18.* §. *6.* MENCKEN *ad d. tit.* §. *17.*

** Referens enim, ut de calumnia juret, non est necesse, cum jure suo utatur & ideo calumniæ suspicionem non incurrat. BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 25. th. 8. not. 2.* Verum nec desunt, qui deferentem, cui juramentum principale refertur, a necessitate præstandi juramentum calumniæ liberant, cum ex eorum suffragio præsumi vix possit, deferentem, qui ipse super causa principali jurat, calumniose juramentum detulisse. Saxones autem rationes aliter subducunt, & deferentem præstatione juramenti calumniæ & principalis una formula expedienda onerant. ORD. PROC. SAXON. VET. *Tit. 18.* §. *8.*

XVII.

Neutra igitur partium terminum juratorium vilipendere, & emanere potest. Sed deferentis contumacia, vel non comparendo vel non præstando juramentum calumniæ commissa, operatur, ut juramentum principale habeatur pro præstito. * Sin citatus ad præstationem juramenti principalis emaneat, vel jurare nolit, ipsum jusjurandum habetur

pro deserto. ** Ipsa vero contumacia, quod hoc in casu singulare est, moribus inde æstimatur, quando ille, qui jurare debebat, horas antemeridianas præterlabi patitur. ***

* Cum remisisse videatur ille juramentum principale, qui neque præsens est, neque ex parte sua implet, quod lex exigit. Convenit hoc IVR. PROV. SAXON. *lib. 2. art. 11.* Verum hoc merito ad eum casum restringo, quando citatus ad videndum jurari ipse prius jurare debet. Quod enim putat WERNHER *P. 2. Obs. 450.* & eum, qui ipse jurare non debet, v. c. referens, comparere debere, alias juramentum ab altera parte præstandum haberi pro præstito, id rationem sufficientem non habet. Et ideo judex absente licet altera parte juramentum recte exigit. GRIBNER. *Princip. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 4. §. 5. not. c. sq.* Quod & confirmare videtur. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18.* §. 7. add. KRAVSII *Tr. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 4. Sect. 4.* §. 7.

** Conf. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *loc. alleg.* In foris Juris Communis contumacem in pœnam jurare nolentis, quæ tamen eadem ipsa est, quam indicavimus, condemnari, rogant.

*** In Saxonia certe Electorali res expedita est per ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 4.* §. *12.* Sed mores vel ideo hoc jus servant, quia juramentum animo deliberato præstandum est, quem non facile præsumunt in eo, qui pleno ventre ad jurandum accedit.

XVIII.

Utraque parte in termino juratorio præ-

præsente, judex prius formulam juramenti, secundum intentionem deferentis, vel ex præscripto sententiæ interlocutoriæ, ad Acta conceptam, * cum partibus communicat, eam prælegit, explicat, & reservationibus mentalibus obviam ire, obscuritatesque & æquivocationes removere studet. Qua occasione partibus omnino est concedenda facultas, ut judicem, si quæ minus recte posita deprehendant, de emendatione placide interpellent, imo, si dubia res sit, prævia disceptatione, utrinque super formula instituenda, decisionem & sententiam urgeant. **

* Notissimi enim juris est, hoc in argumento judicis officium mercenarium, & juramentum in forma delata vel per sententiam præscripta præstandum, alias vero circumstantias non intermiscendas, nec alias voces substituendas esse. WERNHER. *P. 10. Obs. 264.* Hoc unum ad officium judicis spectat, ut caveat, ne religio jurisjurandi in ludibrium abeat *L. 34. D. de jurejur.* ibique BRVNNEMANN. Inde circumstantias ineptas & irrelevantes recte eliminat WERNHER *P. 1. Obs. 69.* in locum formulæ captiosæ aliam, præsenti negotio & vitandis fallaciis magis convenientem, merito substituit. add. LEYSER. *Spec. 137. med. 1. & 4.*

** Caveant tamen partes, ne nimis rigide formulam in se claram, perspicuam & intentioni deferentis conformem, examinent, ac inanes lites

super

super eadem ipsa moveant, ne vel temerario hoc litigio pœnam contumaciæ ob non præstitum juramentum in termino in se provocent. WERNHER. *Compend. Jur. Lib.* 4. *Tit.* 20. §. 42.

XIX.

Lite super formula jurandi composita, vel utraque parte in formulam consentiente, ipse actus jurandi sequitur, quem judex præfatione de efficacia juramenti, & perjurii pœna magis solennem reddit. Suscipitur autem in loco judicii * & juramentum ab ipso principali, ad quem causa spectat, præstatur. **

* Hæc regula est in *L.* 12. *pr.* & §. 4. *C. de reb. credit.* item in ORDIN. PROC. SAXON. VET. *Tit.* 18. §. 10. approbata. Limitationes, ubi domi, Judice & Actuario præsente, jurare licet, *L.* 15. *D. de jurejur.* suppeditat, quæ tamen omnes ubivis usu non servantur, siquidem v. c. Jus Saxonicum ne personis quidem in dignitate constitutis id privilegium tribuit, sed easdem ad judicium ablegat, d. ORD. PROC. VET. *d. Tit.* §. *ult.* in quo tamen, non publice, sed privatim, juramentum præstare solent.

** De jure Saxonico expedita res est, quod juramentum per procuratorem, speciali quamvis mandato instructum, nemo præstare possit, d. ORD. PROC. SAXON. VET. *Tit.* 18. §. 10. nisi forsan altera pars consentiat. Ad jura enim partium, ubi de delato juramento sermo est, non ad officium judicis spectat, sitne juramentum de credulitate magis, quam de veritate, præstandum, add. WERNHER. *P.* 6. *Obs.* 465. At Jure Communi

muni, in RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. 43. approbato, procurator in regula admittitur, qui in animam principalis juret. Verum nec hoc jure, contradictionem adversarii, putarem, vilipendendam esse, maxime, cum jus dissentiendi eidem *L. 9. §. 6. D. de jurejur.* tribuat. Quodsi enim judex procuratorem indistincte admittere vellet, salutem ejus, qui juramentum detulit, cujusque interest, ut juret ille, qui rei notitiam habet, non posset non periculo exponere, siquidem procurator quidem, quem res non tangit, quique bona fide vera credit, quæ principalis vera dixit, se facilem præbere potest ad præstationem juramenti de credulitate. quod ipse principalis, si præsens fuisset, de veritate tamen non præstitisset.

XX.

Quare, si principalis, quem causa tangit, ad annos discretionis, * qui præsumtionem deliberati animi inducunt, nondum pervenerit, ipsa juramenti præstatio ad illam usque ætatem omnino erit suspendenda, ** nisi ille, qui juramentum detulit, consentiat, ut tutores vel curatores de credulitate jurent. Qamvis ne hi quidem inviti, utut deferens assensum præbeat, ad juramenti præstationem cogantur. ***

* Annos discretionis post annum 14. impletum adesse, aperte definit Jus Canonicum in *can. 15. sq. C. 22. qv. 5.* &, minorem tum ad juramenti præstationem cogi posse, determinat. Moribus,

quos

quos Jus Saxonicum confirmat in ORDIN. PROC. *Tit. 18.* annus octavus decimus impletus substituitur, BERGER. *El. Disc. Forens tit. 18. p. 532. sqq.* quod argumentum ulterius explicat WERNHER *P. 1. Obs 336.* Demum in causis matrimonialibus & stupri post annum decimum sextum coactionem admittit ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 18. §. 4.*

** Paulo aliter rem ordinat d. ORD. PROC. RECOGN. *d. l.* Distinguit enim, utrum cum minoribus concurrant litis consortes 18. annis majores, an soli minores 18. annis litigent. Ibi eos, qui majores existunt, jubet, pro se & minoribus juramentum præstare. Hic tutores & curatores admittendos vult de credulitate juraturos, etiam dissentiente adversario, nisi justas ipse judex deprehendat causas, quare juramentum, ab ipso principali de veritate præstandum, exigat, & ideo actum juratorium suspendat. Idem ad furiosos, mente captos, aliosque, qui curatores habent, extenditur, ubique tamen, si litis consortes tutores & curatores juramentumvel præstare non possunt, vel illud deferunt, jus pupillorum, minorum, & qui horum jure æstimantur, salvum præstatur.

*** Quatenus illis super facto pupillorum vel minorum delatum est. Sin proprium eorum factum subsit, jurare omnino debent. Ideo juramentum calumniæ declinare non possunt. Præterea, si ipsi juramentum alteri detulerint, hic vero idem illud referat, relatum hoc juramentum omnino præstare debent. add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 18. §. 4.* MENCKEN. *ad d. Tit. §. 28.*

XXI.

XXI.

Sigillatim, quando universitati * delatum est juramentum, invaluit, ** ut juramentum per duas, tres, vel quatuor personas, *** ex gremio universitatis **** desumendas & a deferente nominandas, ***** præstandum sit.

* Deferendum est juramentum universitati, qua tali, præstandum autem per certa universitatis membra, quæ duo invicem non confundenda. Aliud itaque obtinet, si cum singulis, qui universitatem non constituunt, res sit. His enim singulis & sic etiam uni ex pluribus, juramentum deferri potest, & ab his singulis, si uni ex pluribus non delatum, præstari debet. vid. WERNHER. *P. 4. Obs. 48.*

** Quod, cum vitandæ juramentorum multiplicationi omnino conveniat, optimo consilio applicaretur ad omnes lites cum pluribus litis consortibus, qui nomine collectivo veniunt, susceptas, si jurejurando res esset componenda, sed Praxis hoc ita non servat, si ab Electoratu Saxoniæ discesseris. Huic enim lex publica consuluit in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 18. §. 5.*

*** ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. loc.* WERNHER *P. 1. Obs. 292.* Quod si plures universitates sint litis consortes, ex singulis universitatibus totidem personas eligere licet.

**** An igitur Syndicus universitatis admitti potest. Non video dubitandi rationem, si membrum sit universitatis, quod plerumque fieri solet. Sin membrum universitatis non sit, procuratoris jure utitur, qui neque invitus ad jurandum cogitur, neque volens invito adversario

rio admittitur. Verum ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 18.* §. 5. & Syndicum, & Poligraphum indiſtincte nominare permittit.

***** Quod, excepta Saxonia Elector. vi ORDIN. PROC. *d. l.* Praxis denuo dubium reddit, quæ univerſitati magis electionem, deferenti juramentum facultatem ſolum juſtas recuſandi perſonam electam cauſas concedit. Sed quis non ſentit præjudicium, deferenti, ſive ex ſubſtitutione perſonarum, quæ rem, ſuper qua jurandum, non ſatis habent cognitam, ſive ex procraſtinatione litis imminens. Intereſt deferentis, ut jurent illi, qui optimam rei habent notitiam. Eligat igitur ipſe. Et ſi eligat, qui rem non ſatis norunt, univerſitatis nil intereſt, ſi inde ſua culpa damnum ſentit.

MEMBRVM IV.

DE

HIS, QVAE FIVNT POST PROBATIONEM

CAPVT I.

DE

IIS, QVAE SENTENTIAM ANTECEDVNT.

I.

ABſoluta per juramenti delationem probatione, vel totius cauſæ deciſio a juramento præſtito vel deſerto dependet, vel peculiares ſolum circumſtantiæ,

ſtantiæ, probatione indigentes, per juramentum præſtitum aut deſertum in lucem protractæ ſunt. Illo in caſu, præter ſententiam abſolutoriam vel condemnatoriam, nil ſupereſt, nec ideo hæc per novas diſputationes eſt impedienda.* Hoc vero in caſu deciſio litis ſuſpenditur, ** donec & ratione reliquarum circumſtantiarum probatio & reprobatio ſit abſoluta.

* Ex more tamen quorundam judiciorum partes prius ad diſceptationem admittuntur, ſuper eo argumento inſtituendam, an per juramentum cauſæ ſit ſatisfactum, anne magis quid ſuperſit, ulteriori diſcuſſione indigens. Et, ſi dicendum, quod res eſt, fieri omnino poteſt, ut, præſtito licet juramento, nova probatio concedenda ſit, non quidem illi, qui juramentum præſtitit, quippe qui vel ideo abſolvendus eſt, quod juraverit, ſed illi tamen, contra quem alter juravit. Fac enim, actorem deferre juramentum ſuper fundamento actionis, reum negare, & referre juramentum, addere tamen eum eventualiter exceptiones, altioris indaginis, quæ fundamentum actionis, utut probatum, deſtruunt. Judex certe, licet actor juret, reum condemnare non poteſt, ſed audire eum prius debet, & ad probationem exceptionum admittere. add. WERNHER. *P. I. Obſ. 332.* Nec enim pœna inficiationis hic locum habere poteſt, quæ, reum fundamentum actionis negare, & poſtea, ubi jurandum eſt, iterum confiteri, præſupponit. Nec obſtat,

R

ſtat, quod ſupra diximus, reo, negative reſpondenti, exceptiones haut prodeſſe, cum id denuo caſum præſupponat, ubi reus ipſe jurat, quia tum deſtructo fundamento agendi ipſa actio exspirat.

** Plerumque fertur ſententia interlocutoria: *dieweil beklagter den ihm deferirten Eyd abgeſchworens So hat es vorjetzo dabey ſein Bewenden.*

II.

Quando porro probatio ex parte utriusque per documenta vel ocularem inſpectionem tantum peracta & abſoluta eſt, judex partes, vel imploratus, vel ex officio, monet, ut ſuper vi probationis diſceptent, atque mutuis poſitionibus vel exhibitis jura deducant. *

* Id tamen, ſi cauſa ardua non ſit, nec prolixas diſputationes exigat, in Saxonia oretenus ſolum & intra ſeptiduum peragitur. ORD. PROC. SAX. VET. *Tit. 29. §. 2.*

III.

Quodſi denique per teſtes probatio ſuſcepta, vel cum ea probatio per documenta aut juramenti delationem conjuncta ſit, ipſam diſceptationem ſuper vi probationis partes in medio relinquere, nec judices eaſdem prius ad eandem admittere ſolent, quam 1) abſoluta ſint omnia, quæ ad recognitionem documentorum, & juramenti præſtationem ſpectant,

ctant, postea vero 2) publicatio attestationum facta sit solenniter. *

* add. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit.* 29. §. 1.

IV.

Hunc in finem judex per actuarium prius depositiones testium, confecto desuper Rotulo, in ordinem redigit, & publicum de testium examine legitime peracto instrumentum, manu sua subscriptum, & sigillo judiciali munitum, condit, ea quidem ratione, ut, prævia relatione, de exhibitis articulis, & interrogatoriis, de emissa citatione ad testes & partes, de comparitione, ac jurejurando præstito, singula primo interrogatoria generalia, dein singulos articulos, & singula, quæ hos respiciunt, interrogatoria specialia, justo ordine, intermixtis ubique singulorum testium depositionibus, recitet, omniaque legitime, & judicialiter peracta, & protocollo judiciali inserta esse, testimonium perhibeat.

V.

Hunc Rotulum interim, ne partes attestationes intempestive, & ante absolutam plane probationem & reprobationem, discant, scriniis judicialibus ad-

ſervat, donec inſtet * pars litigans altera, & publicationem urgeat, altera vero non contradicat.

* In Saxonia Electorali vi ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 29.* §. *1.* judex. poſtquam omnia, quæ ad probationem & reprobationem pertinent, abſoluta ſunt, de publicatione Rotuli ex officio ſollicitus eſt.

VI.

Jam citationem ad publicationem in certo termino peragendam * utrique partium inſinuari curat. In termino vero, vel una parte præſente, ** Rotulum Actis eum in finem inſertum, vel verbaliter vel realiter *** publicat, copiasque depoſitionum cum partibus communicat. ****

* Qui in Saxonia Elect. ſpatium 14. dierum continet, alias arbitrarius eſt.

** In Saxon. Elector. publicationem vel utraque parte emanente in contumaciam peragit judex, & rotulos compoſitos Actis inſerit. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 29.*

*** Verbaliter, quando judex nudis declarat verbis, atteſtata eſſe publicata, realiter, quando depoſitiones prælegi curat, aut inſpicienda vel perlegenda partibus exhibet.

**** Regulariter in ipſo die termini. Quod tamen d. ORDIN. PROC. SAX. *d. l.* præciſe non requirit, ſed judici 14. dies poſt publicationem concedit, intra quos, ſub pœna tamen 5. Imperialium, copias edere poſſit.

VII.

VII.

Publicatione facta, partes ad disputationem, in scriptis super causa principali suscipiendam, * progrediuntur. ** Cuilibet duo exhibita conceduntur. Initium regulariter facit ille, qui probavit. *** Excipit alter, dein Replica & Duplica sequitur. Quodlibet scriptum plerumque in duplo exhibetur **** intra spatium, a lege vel judice definitum, prorogabile tamen, ***** quod currere incipit a tempore, quo judex partis adversæ scriptum cum altera parte communicavit. ******

* Vocant hanc disputationem *das Haupt Verfahren, die Disputir Gesatze, das Verfahren über Beweiss und Gegenbeweiss*, eamque vel ideo in scriptis, Producta *weise*, fieri permittunt leges iis etiam in locis, ubi alias partes oretenus jura deducunt, quia merita causæ tangit, multumque judicii & laboris requirit.

** Videtur quidem hæc disputatio superflua esse, cum judici & absque ea constare possit, quæ vis probationi insit. Sed multum tamen ad informationem judicis confert, dum partes illi, in quo cardo rei consistat, exponunt. Igitur legibus approbata, & usu fori ita confirmata est, ut partibus facultas eam expediendi non deneganda sit, neglecta vero ab iis nullitati ansam haut præbeat. Conf. NOV. *90. cap.* 4. *c. 15. X. de testib. Recess. Imper. de anno* 1654. §. 56. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.* 29.

*** Jure nimirum Communi STRYCK. *Introd. ad Pr. Forens. cap. 18. §. 8* In Saxonia Communi ille, contra quem probatio est suscepta, initium facit. In Saxonia Electorali indistincte actor, sive probationem peregerit, sive reprobationem. ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 29. §. 2.* Primum scriptum *die Probations Schrifft, Salvations Schrifft*, si, qui probavit, sin, contra quem probatum, offerat, *die Impugnations-Exceptions-und respect. Salvations Schrifft* vocant.

**** Eo fine, ut alterum exemplar Actis inseratur, alterum cum parte adversa communicetur. Idque d. ORD. PROC. SAXON. *d. l.* praecise injungit. Alibi stylus Curiae variat, cum & judici unum scriptum exhiberi possit, cujus copiam cum parte adversa communicandam per Actuarium curet.

***** Spatium variat. In Saxonia Communi cuilibet scripto sex septimanae, in Saxonia Electorali tres tantum praestitutae sunt, per leges publicas. Utut vero alibi forsan judex spatium determinet, vim tamen fatalis habet, & peremtorium est, ideoque ejus lapsus ipso jure praecludit eum, qui scriptum non exhibuit, ut ne quidem contumaciae accusatione opus sit. Quapropter etiam partes illud ipsum prorogare nequeunt, judex ex justa causa prorogare potest. add. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* GRIBNER *Princ. Proc. Lib. I. cap. 5. Sect. 1. §. 6.* Ita regulariter. Nonnunquam tamen lex partibus prorogationem concedit, nonnunquam, ut in Saxonia Electorali, judici etiam facultatem prorogandi adimit.

****** In Saxonia tamen Electorali omnibus positionibus spatium 12. hebdomadarum, quod in genere a tempore publicati Rotuli de momento ad momentum currit, ita praestitutum est, ut quali-

bet

bet partium scriptum intra tres hebdomadas sponte sua judici in duplo offerre, altera etiam non admonita unum exemplar sibi sumere, negligens autem, ut post lapsum spatii scriptum plane rejiciat judex, expectare, judex denique, ut super exhibitione actuarius registraturam conficiat, curare, &, si spatium 12. hebdomadarum plane effluxerit, causam ex officio pro conclusa habere debeat, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 29. §. 2.*

VIII.

In his scriptis partes id agunt, ut judici, quanta probationi vis insit, exponant. Solet itaque, qui disputationis initium facit, succinctam facti controversi speciem praemittere, & statum controversiae formare, vel thema probandum eruere; postea ajentem vel negantem sententiam amplecti, & thesin suam, praemissa deductione, de habilitate vel inhabilitate testium, admissibilitate vel inadmissibilitate articulorum & interrogatoriorum, argumentis, ex attestationibus, documentis, legibus & aliunde desumtis, corroborare, quae obstare videntur, elidere, & demum concludere. Idem & altera pars facit, ita quidem, ut simul, quae in facti specie abundant vel omissa sunt, indicet, & statum controversiae non rite formatum aliter formet, ubivis

autem thesin contrariam argumentis confirmet.

IX.

Positionibus mutuis, quas lex permittit, exhibitis, vel elapso spatio offerendis omnibus positionibus a lege vel observantia præstituto, causam judex conclusam judicat, etsi partes, quod concludere velint, sese haut declaraverint. Quod universale est, super quocunque etiam actu judiciali partes disceptent, cum lex, quæ formam negotio præscribit, partium arbitrium plane excludat.

X.

Lege autem tacente judex, ante, quam finit controversiam, partium declarationem, quod concludere velint, expectare solet, nisi causam ipsam ita deprehendat instructam, ut præter decisionem nihil omnino supersit. Quo nempe in casu disceptationi ex officio finem imponit. *

* Vid. tamen, quæ de hoc argumento differit LEYSER *Spec. 465. med. sqq.*

XI.

Causa semel conclusa, amplius quid, quod ad decisionem spectat, vel antea in in disceptationem non venit, non admitti-

mittitur. Cumque injuſtum ſit, contra inauditum ferre ſententiam, judex ea etiam, quæ noviter in ultima poſitione afferuntur, recte negligit. * Imo extra Saxoniam, iis in judiciis, ubi lex poſitiones ad certum numerum non reſtringit, judex ob nova, ultimo exhibito admixta, vel ex officio ** cauſæ concluſionem reſcindere, alteramque partem audire ſolet.

* Utitur eo nomine ille, qui prima vice concludit, plerumque proteſtatione contra nova, vel non niſi eventualiter, ſub clauſula: niſi quid novi; concludit. Quod tamen parum utilitatis habet, cum judex nova ex officio negligere debeat, maxime, ſi lex exhibita ad certum numerum redigat. Sin ſecus, nec pura concluſio judicis officium excludit, quin partem adverſam adhuc audire poſſit. Plane, ſi non audiat, nec deciſionem ex novis inſtruere poteſt. Majorem fere utilitatem habet clauſula, qua proteſtantur partes, *daſs ſie tacendo nichts eingeraumet haben wollen*, cum & ſilentium nocere poſſit, eorum intuitu, quæ alter in facto vera eſſe dicit. Indeque ſolennis etiam eſt Practicorum formula, qua per negationem iis, quibus aliud quidpiam objicere nequeunt, in genere minimum contradicere ſolent.

** Caveat tamen judex, ne facilem ſe præbeat in reſcindenda cauſa concluſa, etiamſi pars altera inſtet. Huic enim fraus alterius, quæ ad ultimam uſque poſitionem ea, quæ deciſionem cauſæ inſtruunt, ſervat, non poteſt eſſe præjudicio.

Illi autem, qui nova allegat, culpa omnino, imo dolus, imputari potest, ut sic damnum, quod ipsi forsan tum oritur, quando judex nova negligit, sentire non videatur. Hoc certissimum est, frequentes rescissiones causæ semel conclusæ lites nimium quantum in longius proferre, & inanibus sæpissime sumtibus occasionem dare. Quapropter, judices peccare, credo, qui istis rescissionibus indulgent, hoc uno casu excepto, si causa, ad interlocutoriam forsan sententiam tantum instructa, data facultate, super novis disceptandi, in eum deduci possit statum, ut citius definitiva sequatur.

XII.

Jam judicis in arbitrio positum est, * velitne ipse causam decidere, an Acta ad Collegium aliquod Juridicum ** transmittere, & ab eo sententiam expetere. Priori in casu citra moram post causæ conclusionem terminum publicandæ sententiæ præfigit. *** Posteriori vero in casu peculiarem terminum inrotulationis Actorum præstituit **** & partes de sumtibus transmissionis suppeditandis monet. *****

* Nonnunquam tamen necessitas transmissionem jubet, si vel una pars litigantium ad eam provocet, cum judex hoc beneficium moribus Germaniæ approbatum nemini denegare possit, nisi gravaminibus magis ansam præbere velit. Nonnunquam etiam consultum est, ut judex causæ a decisione abstineat v. c. Justitiarius in causa domini

mini jurisdictionalis & subditorum, judex, cujus sententia remediis legitimis a viribus rei judicatæ suspensa est. add. ORD. PROC. SAX. *Tit. 35. §. 1.*

** Non ad Doctorem privatum, nisi lex vel observantia hoc ipsum permittat. De Saxonia Electorali vid. d. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 29. §. 2.*

*** Solent tamen in quibusdam judiciis judices, antequam ipsi sententiam dicant, terminum revisionis Actorum præfigere, qui a termino inrotulationis, si ab iis, quæ transmissionem concernunt, discesseris, parum differt.

**** Conf. STRYCK. *Introd. ad Praxin Forens. cap. 12. §. 6.* Jure Communi judex hunc terminum præstituit, quando causam habet pro conclusa. Super hoc enim actu conclusionis interloqui & partes de transmissione certiores reddere solet. In Saxonia Elector. judici ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 34. §. 1.* injungit, ut, si oretenus partes super actu expediendo disceptent, terminum inrotulationis eventualem citationi principali simul inserat, sin in scriptis, peculiarem terminum, qui spatium octo vel quatuordecim dierum complectatur, præfigat.

***** Hos pro rata partibus imputare solet judex, si ex officio transmissionem Actorum decernit. Alias æquum est, ut ille solus solvat sumtus, qui transmissionem solus urget, maxime, si pars adversa transmissioni contradicat, atque in decisione judicis acquiescere velit. BRUNNEMANN *Proc. Civ. cap. 27. n. 5.* STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. 21. §. 8.* Idem juris est, si pars contra sententiam judicis remediis utatur, jamque novæ sententiæ ergo Acta transmittenda sint. Interim caveat judex, ne partes superfluis

sumti-

sumtibus oneret. Qui secus facit, in Saxonia Electorali quadruplum restituere debet, vid. ORD. PROC. RECOGN. *Tit.* 34. §. 2.

XIII.

In termino inrotulationis partes 1) dispiciunt, sintne Acta integra, an manca, 2) defectum indicant, ejusque supplementum urgent, vel ipsæ supplent, 3) declarationem addunt, quod Acta habeant quo revisis & in transmissionem eorum, prout jacent, expresse consentiunt, 4) contra certa Collegia Juridica, si velint, protestantur, * & judicis arbitrium transmittendi eatenus restringunt. ** Nova autem, quæ in disceptationem nondum venerunt & ad decisionem causæ pertinent, addere, & Actis inserere nequeunt, sed judex ea vel ex officio ab Actis removere debet. ***

* Plerumque contra tria, quæ specialiter & pro lubitu nominant. In Saxonia tamen Electorali hæc protestatio quoad Collegia extra provinciam nullum habebit effectum, cum, deficiente speciali Principis concessione, Acta præcise ad Collegia Juridica Saxoniæ sint transmittenda. Salva tamen manet facultas, unum alterumve Collegium in provincia excipiendi. Præterea judex, si alterius Collegii sententia per remedium legitimum suspensa sit, ex officio jam ad aliud Collegium Acta transmittere debet, add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.* 35. §. 2. Sigillatim etiam

iam in Saxonia Communi, ubi judices inferiores Acta prima vice ad Collegium Jurid. Jenense transmittere tenentur, protestatio illa, maxime si legitimis causis destituatur, parum habebit roboris.

*** Utque hoc etiam ad instantiam partis faciat, eorum intuitu, quæ pars una, altera inscia, Actis adjecit, res ipsa urget. WERNHER *Compend. Jur. Lib. 4. tit. 24. §. 7.* Cæterum nova ubique intelligo ea, quæ causam ejusque decisionem instruunt, non ea, quæ ad decisionem nil plane conferunt. Sic responsa quidem juris, non vero tabulas genealogicas, ichnographias &c. &c. addi posse puto, nisi lex vel in genere vetet, ne quicquam adjiciatur. Utut vero & talis lex extet, non tamen extendenda est ad ea, quæ ad disceptationem præteritam spectant, & officium judicis ingrediuntur, si nempe hic de instruenda causa tempestive admonitus officio defuerit. Tum enim partes in termino inrotulationis recte urgent, ut hunc defectum suppleat, & quæ desunt, addat, ne vel sententia ad acta manca feratur, & interlocutio novam litem pariat, vel causam satis discussam procrastinet. *L. 15. C. de appellat.* add. LEYSER. *Spec. 465. med. 6. sq.* qui sententiam talem, nec immerito, nullam dicit. Sic v. c. si quæ partium ad Acta publica, simul transmittenda, quæ præsentem litem illustrant, ad testimonium de productione documenti, de externa ejus forma, de possessionibus suis provocet, nec tamen judex Actorum copiam faciat, aut testimonium ad Acta causæ scribat, merito audienda est pars, in termino etiam inrotulationis, quæ frustra hucusque hæc petiit.

XIV.

XIV.

Instructis demum Actis, & integris repertis, ipsa nunc transmissio ita quidem peragitur, ut judex Acta inrotulata in præsentia partium statim sigillo judiciali * obsignet, &, additis literis transmissionis, ** Collegio Juridico non excepto, probe tamen, ne partes locum ad quem comperiantur, celando, *** insinuari curet.

* Vidi etiam, partes propria sigilla adjecisse. Quod necessarium quidem non est, cum præsumtio pro fide judiciali suspicionem fraudis & malitiæ jamjam excludat. Quia tamen ista circumspectio judicem ipsum a cavillationibus partium securum magis præstat, tolerari omnino potest, ubi observantia judiciorum eam approbat.

** Quæ vel generaliter Collegio Juridico exponunt, causam decisione indigere, vel specialiter explicant, super quo actu judiciali partes disceptaverint, & super quo puncto sententia ferenda sit. Ut dicam, quod res est, posteriores commendandas esse puto præ prioribus, quia & relationem faciliorem reddunt, & præcavent, ne vel superflua aut jam decisa immisceat, vel ea, quæ decisione egent, plane prætereat Collegium, cui Acta exhibentur. Caveat tamen judex causæ, ne ad merita causæ digrediatur, dum literas transmissionis scribit, cum officio judicis haut conveniat, ut Advocatum agat, & vel causæ defensionem suscipiat, vel unius alteriusve partis rationes refellat. Quapropter judex causæ, quo omnem evitet suspicionem, exemplum ejusmodi

litera-

literarum Actis inserere solet, & omnino debet. add. WERNHER *P. 8. Obs. 265.* Sigillatim *Rec. Imper. de anno 1654* §. 30. prohibet, ne judex addat *ein Neben-Schreiben.*

*** Quod ideo consultum est, ne vel commendationibus litigantes studeant, & technis utantur, quibus ad suas partes Collegium trahant. STRYCK. *Introd. ad Prox. Forens. cap. 21.* §. 7.

CAPVT II.

DE

SENTENTIA, EJVSQVE CONCEPTIONE ET PVBLICATIONE.

I.

Sententia est causæ cujusdam, adhuc oretenus, vel in scriptis, * coram judice disceptatæ, ** decisio legitima, ab ipso judice, vel Collegio Juridico, *** eum in finem peracta, ut lis agitata demum finiatur.

* Mere igitur theoretica & doctrinalis est differentia, quam inter sententiam & decretum statuunt Interpretes, sive per illam intelligas decisionem, quam judex causæ a Collegio Juridico sibi expetit, sive legem, quam ipse judex inter partes, quæ jura in scriptis deduxerunt, dicit, hoc autem adesse credas, si vel judex causæ decidit, vel litem oretenus agitatam dirimit. Imo nec ad rem facit, quod decreto clausulam: *von Rechts-*

Rechtswegen addi posse negent formularii Doctores. Sed ubique idem decisionis est effectus &, qualiscunque illa sit, res judicata, quæ sequitur, vim legis inter partes eidem tribuit. Ipsam differentiam exponit BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 22. th. 1. not. 5.* KRAVS. *Tract. Synopt. Proc. Lib. 1. Sect. 3. §. 1.*

** Cum sententia igitur & decreto non est confundenda mera interlocutio, quippe quæ, dum determinat solum, quid pro qualitate causæ in judicium deductæ ulterius expediendum sit, vim sententiæ & rei judicatæ nunquam consequitur, cum primis, quia ad unius partis solum instantiam, altera non audita, fertur, & ideo, minus recte lata, neque gravamen continet, neque remediis a viribus suspendenda est, sed querelam solum contra judicem operatur, quod illegitime & nulliter, ob juris ordinem non servatum, processerit.

*** Verum tamen & hoc in casu idem juris est, ac in priori, ut nempe sententia pro judicis causæ decisione habeatur, eo quidem effectu, ut nec supprimere, nec corrigere, nec mutare eam possit, sive causa civilis, sive criminalis sit. Vide THOMASIVM *in Diss. de judice sententiam ab actis removente*, &, quos citat LEYSER. *Spec. 469. med. 1. sq.* qui vero, hanc de sententia a Collegio Juridico obtenta statuendi facultatem, quam magistratui denegat, Principi tamen saluam esse contendit.

II.

Omnis itaque sententia causam quidem dubiam definit, &, dum certi quid ponit, litem adhuc motam dirimit, non tamen

tamen semper totam causam finit, sed sæpenumero de iis solum, de quibus præliminariter quæstio incidit, quæque ante causæ principalis disceptationem discutienda veniunt, interloquitur. Quare illa demum sententia κατ' ἐξοχὴν dicitur definitiva, quæ omnem litem causæ principalis intuitu terminat.

III.

Facile vero patet, omnem sententiam certi quid ponere * & ad objectum litis directam esse debere. ** Cæterum, ut legibus, *** actis & probatis, **** naturæ denique actionis institutæ ***** conformis sit, res ipsa postulat.

* Et ideo nihil potest in medio relinquere, vel enunciative proferre, sed omnia dispositive proferenda sunt, ut sciant partes, quam legem in posterum sequi debeant. Nec tamen vitiat sententiam conditio intrinseca apposita, vi cujus alterutri partium quid prius expediendum injungitur. v. c. juramenti legalis præstatio, cum hac ratione nova sententia non sit opus, si prior jam in eventum, quid fieri debeat, determinaverit. Quod autem dicunt, abstinendum esse judici a conditionibus, quæ novam postea expectant sententiam, quasque extrinsecas vocant, v. c. si probaverit, eumque magis, si causam ad definitivam non deprehendat instructam, interlocutoriam ferre debere sententiam, vid. WERNHER. *Compend. Jur. lib. 4. tit. 25. §. 2.* id Praxis ju-

diciorum,

diciorum, cum primis extra Saxoniam, haut probat. Frequentes certe sunt sententiæ, quæ condemnant vel absolvunt cum additamento: *Es kænte und wolte denn Klæger &c. &c. beybringen; So genæsse er dessen billig, und ergebet so dann ferner, was Recht ist.* Utque dicam, quod res est, non video, cur tolerari nequeant hæ sententiæ. Imo parum abest, quin eas interlocutoriis sententiis, quæ merita causæ non aggrediuntur, anteponam. Præstat certe, finem liti sub conditione imponere, quam multis interlocutoriis sumtus litis augere. add. tamen LUDOVICI *Einl. zum Civil-Proc. cap. 25. §. 7. sq.*

** Et eatenus, recte dicitur, conformis esse libello. Qui enim communem hanc Practicorum regulam ita interpretantur, ut judex ultra limites libelli progredi nequeat, illi formulariam Jurisprudentiam efficiunt, & auctoritati judicis desunt, vi cujus ipsi plus & minus adjudicare & ultra petita progredi omnino licet. Rem late & ex instituto contra dissentientes egit LEYSER *Spec. 468. per tot.*

*** Hoc certissimum est, judicem secundum leges, non de legibus aut contra leges, judicare debere. Qui secus facit, nihil agit, & querelæ nullitatis ansam præbet. *L. 1. §. 2. D. quæ sent. sine appell. L. 2. C. quand. provoc. non est necess.* Imo, dura licet lex sit, si clara simul sit, hoc sufficit, quod scripta sit. Æquitas enim a lege non agnita cerebrina est. Igitur tum demum ad æquitatem confugere potest judex, si dubia sit legis efficacia *L. 8. C. de judic.*

**** Non secundum conscientiam privatam. Quicquid enim judici extra Acta notum est, id fidem non habet, sed ea demum attentionem merentur, quæ a partibus per probationem ad liqui-

dum

dum sunt deducta. THOMAS. *Diss. de fide jurid cap.* 2. *§.* 57. STRYCK *de obs. judic. in f. c.* 3. *n.* 12 *sqq.* add. tamen ZIEGLER *Dicast. Concl.* 35.

***** Non igitur simpliciter desidero sententiam certam, ex qua, quid, quale, & quantum præstandum sit, appareat, sed admitto generalem etiam & alternativam sententiam, si natura actionis institutæ & qualitas negotii in judicium deducti, certam sententiam non toleret. Ita tamen certa sit, oportet, ut de objecto litis secundum leges & probata dispositive statuat. *L.* 3. *&* 4. *C. de sent. quæ sine cert. quant.* Et sic relativa etiam certitudo sufficit. MEVIUS *P.* 9. *Decis.* 44.

IV.

Sigillatim omne de sententia argumentum duobus capitibus absolvitur. Alterum ejus conceptionem, alterum ejus publicationem respicit. In concipienda sententia introitus, meritorum causæ, & conclusionis habenda est ratio. Introitus continet actum, super quo sententia fertur, partesque litigantes nominat.* Conclusio in formula desinit: *Von Rechtswegen.* **

* Vt sententia ad partes litigantes nominetenus dirigatur, omnino necesse est, cum regulam, quam sequi debeant in posterum, constituat. Saxonica autem Collegia hoc usu adhuc servant, ut Procuratorum magis, eorumque, qui litigantibus assistunt, quam litigantium principalium mentionem faciant. *In Sachen Anwalden, Syndicen, Actorn, Vormunden &c. &c.* Sed peculiaris hujus formulæ non est effectus, cum sententia nihilosecius partibus solum prosit & noceat.

 ** Quam

** Quam formulam noſtrates forſan mutuati ſunt a JCtis Romanis, qui reſponſis addere ſolebant: *hoc jure utimur.* BERGER *Oec. Jur. p. m. 1035.* Jus autem prohibendi, ne judex cauſæ iſta formula utatur, cur ſibi Collegia Juridica adſcribant, ſufficientem rationem non video.

V.

Ad merita cauſæ, quod attinet, ita concipi in genere ſolet ſententia, ut ſpeciem legis præ ſe ferat. * Sententia definitiva in ſpecie dirigitur ad objectum litis, ita quidem, ut vel condemnet vel abſolvat reum, ** vel pure, vel conditionate. *** Præterea damnorum quoque, uſurarum, expenſarum, fructuum, re ita ferente, habet rationem.

* Hoc indicant Phraſes; *daß Beklagter (Kläger) ſchuldig, pflichtig.* Cujus inſtituti ratio procul dubio inde pendet, quod vim legis habeat ſententia inter partes.

** Non autem condemnat actorem, etiamſi plus ſit in exceptione probata, quam in actione inſtituta. RIVINUS *Tit. 34. Enunc. 16.* Sed & hoc in caſu reum tantum abſolvit: *daß Klägers Suchen nicht ſtatt habe, daſs Beklagter von der Klage zu entbinden.* Igitur reus, ut condemnationem provocet, exceptionem potius per modum actionis proponat *c. 2. X. de ordin. cognit.* BÖHMER *de actionib. Sect. 1. cap. 2. §. 42.*

*** Eo quidem in caſu, ſi probatio actionis adeo efficax non ſit, ut condemnatoria ſeqvi, aut probatio exceptionis ita plene peracta non ſit, ut abſolutoria locum habere poſſit, ſic vero, quia dubia-

bia res est, nec litigans in probatione plane defecit, necessitas fere judicem cogit, ut litis finiendæ causa vel de supplenda probatione cogitet, vel de removenda suspicione injusti, quæ litigantem premit, sollicitus sit.

VI.

Speciatim ille, qui semiplene * solum probavit, in causis civilibus ** ad juramentum suppletorium, vi cujus tanqvam testis in propria causa defectum probationis supplet, admittitur. Illi vero, contra quem probatio suscepta est, si hæc minus quam semiplene absoluta sit, & ideo suspicionem solum injustitiæ producat, juramentum purgatorium injungitur, vi cujus innocentiam probat, & suspicionem removet.

* Gradus probabilitatis & fidei juridicæ, quos operatur probationis diversitas, tradunt interpretes. Hoc certum est, plene eum probare, qui de objecto litis judici per duos testes omni exceptione majores, vel per documenta, quæ id, quod cardo rei est, clare loquuntur, fidem facit, aut præsumtione juris munitus est. Inde vero facile patet, quæ sit semiplena major, quæ semiplena minor probatio. *Confer.* STRYCKII *Diss. de probat. semiplen. cap. 2. n. 2.*

** In criminalibus enim ideo non potest admitti suppletorium, quia testimonium continet in propria causa, & sic merito restringitur, maxime, si gravitas causæ id suadeat. Juramentum autem purgatorium, quod in criminalibus locum habeat, tralatitium est.

VII.

Hoc singulare est, quod mores libris mercatorum principalibus, *dem Haupt-Handels-Buche*, ab ipso mercatore vel ejus institore integræ famæ confectis, * quoad credita, quæ mercaturæ genus, quod profitetur mercator, respiciunt, contra debitorem ** fidem tribuant, *** ut, præstito jurejurando suppletorio, reus ad petita actoris condemnandus sit. ****

* Requisita horum librorum, ut vim probandi habeant, recenset KLEIN *Diss. de probat. qua fit per libros mercator.* Igitur, quo de requisitis constet, non sufficit, ad librum provocare, & extractum inde proferre, sed in originali est producendus.

** Modo res sit Christiano cum Christiano. *Sin* Judæus contra Christianum ad librum mercatorium provocet, illum ad juramentum suppletorium vel ideo admittere nolunt, quia Judæi, testimonium judiciale contra Christianum ferre, prohibentur in *L. 21. C. de hæret.* add. WERNHER *P. 1. Obs. 193. & Supplem. Vol. VII. p. 198.*

*** Non tamen ubique fidem habent isti libri, qua tales, sed quatenus peculiari juramento mercator suspicionem malitiæ & falsi removit. Ut ideo distinguendum sit juramentum, libri mercatorii confirmatorium, evitandæ suspicionis & fraudis ergo præstandum, a juramento suppletorio, super veritate debiti præstando. Id enim facit solum, ut liber mercatorius semiplenam probationem efficiat, hoc demum, ut reus ad petita actoris condemnari possit. Verum plerumque hanc distinctionem negligunt, & mercatorem,

utut

utut ſuper libro non juraverit, ad juramentum ſuppletorium ſtatim admittunt, imo ne hoc quidem exigunt, ſi ſemel in genere ſuper libro jusjurandum præſtiterit. RIVINVS *Tit. 30. En. 8. & 9.* Quod quidem admitti poſſe, puto, ſi non ſuper debito ipſo, ſed ſuper quantitate ejus controverſia ſit, cum jura & in aliis cauſis, ubi de quantitate debiti dubitatur, eam per creditoris juramentum inveſtigari permittant. *L. 1. §. 40. Depoſ. c. 32. X. de jurejur.* Quodſi vero hoc dare vellemus mercatoribus, ut ipſa nomina inde ſolum probare poſſent, quod libro ſuo eſſent inſcripta, certe parum fortunis noſtris proſpiceremus. add. LEYSER. *Spec. 279. med. 1. ſq.* Interim, his poſitis terminis, quin & artifices & opifices, qui libros ejusmodi requiſitis munitos conſervant, exinde probationem crediti adſtruere & ad ſuppletorium admitti poſſint, non dubito.

**** Jus Electorale Saxonicum tamen vi ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 30. §. 4.* hoc privilegium ejusmodi libris ſolum tribuit, ſi res ſit inter mercatores. Sin mercatori res cum extraneo, ille vel juramenti delatione uti, vel curare debet, ut emtores ſubſcribant extractibus, eoque ipſo, ſe merces accepiſſe, fateantur. Utroque neglecto, judex diſpiciat, an mercator præter librum mercatorum alia probandi adminicula & præſumtiones proferre poſſit, nec ne. Priori in caſu ſimplex libri confirmatio non ſufficit, ſed ſuppletorium adhuc præſtare debet. Poſteriori in caſu juramentum purgatorium reo dictandum eſt, ſi jurejurando liber confirmatus.

VIII.

Ut autem judex ad juramentum ſuppletorium eum, qui probavit, admittere

non debet, si probatio per probationem contrariam plene sit elisa, nec illi, contra quem probatum, purgatorium dictare, si suspicionem per plenam probationem destruxerit. * Ita e contrario, si ex utraque parte argumenta verosimilia adsint, quae rem dubiam efficiunt, illi magis, contra quem probatum, juramentum purgatorium, quam illi, qui probavit, juramentum suppletorium est dictandum, ** modo tamen ille de veritate jurare possit. Alias enim in dubio ex duobus litigantibus ille praefertur, qui de veritate juramentum praestare potest, *** modo sit integrae vitae & spectatae probitatis. ****

* Ubi obiter moneo, falsam esse opinionem BEYERI in *Instit. Lib.* 4. *Tit.* 6. *n.* 128. *sqq.* aliorumque, quod suppletorium solum actori, purgatorium reo dictandum sit, cum potius judex respicere debeat ad eum, qui probavit, & contra quem probatum.

** Favorabiliores enim sunt in jure nostro partes rei, quam partes actoris, cum jura absolutionibus magis, quam condemnationibus studeant. *L.* 47. *de obligat. & act. L.* 125. *de Reg. Jur.*

*** Non enim ad gradum probationis praecise respiciendum est, sed, vbi lis conscientiae committenda, praestat omnino; ut ille juret, qui rei, de qua jurandum est, optimam notitiam habet. Ita habet ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN.

COGN. *Tit. 30.* §. *1.* add. BERGER. *Resolut. Lauterb. p. m. 503. & Oecon. Jur. p. m. 1064.*

**** Ita regulam ex *c. 36.* §. *1. X. de jurejurand.* limitat LEYSER *Spec. 141. med. 5.*

IX.

Juramento legali semel injuncto, ejus præstatio, si suppletorium spectes, * probatione pro exoneranda conscientia, si utrumque respicias, relatione juramenti declinari nequit, ** sed præcise præstandum est. Utrumque tamen semel præstitum recte retractatur, si ille, contra quem juratum, novas inveniat probationes perfectas, *** & jurejurando, quod easdem olim ignoraverit, confirmare possit.

* Imo in Saxonia nec purgatorium in causa civili probationem pro exoneranda conscientia admittit, bene tamen in criminali. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 32.* §. *unic.*

** Non enim defert hoc juramentum pars parti, sed judex id ob inopiam probationis injungit. Inde & juramentum calumniæ ab altera parte exigi nequit.

*** Sive eas ex documentis, sive per attestationes testium instruat probaturus. Has enim Jure Communi non excludunt STRYCK. *de probat. contra præstat. juram. legal. cap. 3.* §. *6.* Jus Saxonicum Electorale vero documenta tantum admittit. BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 829.* ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 30.* §. *3.* Ipsa ratio, cur hæc juramenta retractari permittat *L. 31.*

D. de jurejur. non alia eſt, quam, quia conventio, quæ in juramento delato inter partes intercedit, quæque firmum ex jurejurando præſtito jus tribuit, hic deficit. Indeque dubitat WERNHER *P. 1. Obſ. 342.* an idem juris ſit, ſi pars in impoſitionem juramenti a judice factam conſenſerit. Vide tamen SCHILTER. *Ex. 23.* §. *45.* Interim æquitas jubet, ut alteri litigantium contra novam hanc probationem reprobatio concedatur. RIVIN. *Tit. 30. En. 15.*

X.

Poſtquam igitur ſententia vires rei judicatæ obtinuit, cum Jure Communi, tum Jure Saxonico Electorali, * judex terminum juratorium ex officio præfigit. In quo, citatus, ſi emaneat, vel jurare detrectet, id præjudicii incurrit, ut juramentum habeatur pro deſerto, etiamſi ille, contra quem juramentum præſtatur, emanſerit. **

* ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 30. §. 2.* quæ judici injungit, ut intra octiduum a die rei judicatæ, vel ex officio, vel imploratus, terminum præfigat, qvi ſpatio Saxonico abſolvatur. In Saxonia vero Communi oblationem ejus, qui jurare debet, ſub pœna deſerti juramenti exigunt, ceu ſupra diximus *Lib. 1. Sect. 1. membr. 3. cap. 5.*

** d. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* Non enim hoc in caſu contumacia alterius partis a juramenti præſtatione liberare poteſt, quia judex ex officio juramentum legale dictitavit, & cum alter, contra quem juramentum præſtatur, non habeat,

habeat, quod ipse expediat, præterquam, quod actui jurandi intersit, facile patet, cum huic favori pro se introducto pro lubitu renunciare posse. Cæterum, si ipse juraturus causas, quare nolit juramentum præstare, alleget, in foro Juris Communis non statim pœnam jurare nolentis decernunt, sed causam denuo cognoscunt. vid. MEVIVM *P. 5. Decis. 410.* BRVNNEMANN *ad L. 34. D. de jurejur. n. 28.*

XI.

Diximus, judicem præter objectum litis respicere etiam ad damna, fructus, usuras, expensas. Idque vel ex officio etiam non imploratus facere potest. Et nocet etiam eorum omissio, si officio judicis solo debentur, ac res judicata sequatur. Quodsi vero ex conventione speciali pendeant, judex jus eorum intuitu quæsitum per silentium adimere nequit. Qua de re supra jam diximus.

XII.

Missis igitur iis, quæ fructuum restitutionem concernunt, ex theoria satis notis, misso etiam argumento de damnis, de quorum probatione, si semel adjudicata, infra dicendi locus erit, hoc usurarum intuitu notare sufficit, quod judex in eas reum condemnare nequeat, nisi vel ex promissione vel ex mora *

debean-

debeantur. ** Utque simul terminum a quo specifice exprimat, omnino consultum est. *** Expensas vero, quod attinet, generalis regula est, eas victori a victo **** esse restituendas. A qua regula, ne judex facile recedat, litigantium salus omnino postulat. *****

* Moram duplicem esse, nemo non scit. Altera inducitur per interpellationem, altera per legem immediate. Hujus exempla prostant in *L. 3. C. ex quib. caus. restit. in integr. L. 23. §. 1. de Usur. L. 13. §. 20. de action. emt. vend. L. 8. §. 1. de condict. furtiv.* & passim add. *Colleg. Jur. Argentor. ad tit. de usur. n. 50.* Priori in casu vel dies interpellat pro homine, vel homo. Homo iterum vel extra judicialiter *L. 32. de Usur.* vel judicialiter, quando actionem movet. Quemadmodum vero judex hic usuras demum *von Zeit der erhobenen Klage,* adjudicare potest. BERGER. *Oec. Jur. Lib. 3. tit. 8. th. 9. not.* 4. ita ibi ad tempus, quo lex, homo vel dies interpellavit, omnino respicere debet, etiamsi contractus, ex quo usuræ debentur, sit stricti juris. RECESS. IMPER. *de anno 1654. §. 174.* BERGER *Resol. Lauterbach. p. 493. sqq.*

** Addunt alii, judicem etiam ex sola æquitate usuras adjudicare posse. SCHILTER. *Exerc. 35. §. 11.* Sed æquitas a lege non agnita nullum in foro producit effectum. Inde nec Praxis singularem illam opinionem servat. vid. quos citat LEYSER *Spec. 130. med. 8. & 4.*

*** Ratio in promtu est, ne postea nova super termino, a quo usuræ solvendæ, lis oriatur. Quare non dubitavit Elector Saxo, quin in ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 5.* sanciret, ut ju-

ut judex non quantum solum usurarum, sed etiam tempus a quo specifice exprimeret.

**** *L. 79. D. de judic.* ORDIN. PROC. SAXON. *Tit. 36. §. 5.* Nec tamen desunt casus, ubi, qui vincit, expensas victo restituere debeat. Conf. LEYSER *Spec. 89. per tot.*

***** Cum alias temeritati litigandi non possit non judex occasionem subministrare damnandam. Merito itaque Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *d. l.* injustam in temerarios litigatores indulgentiam damnat, & sigillatim novult, ut ob qualitatem actoris, si actio in se injusta sit, judex immunitatem a restitutione expensarum concedat. Novult etiam ut juramenti vel calumniæ vel principalis super uno alterove membro litis præstatio compensationem expensarum operetur. Quodsi tamen dubia res sit, & probabilem victus litigandi causam habeat, æquitas suadet, ut expensas judex compenset. Talis causa adesse videtur v. c. si juramentum legale, vel delatum, præstitum super tota causa, si quis opinionem Collegii Juridici vel Responsum juris pro se allegare possit, si sententia super causa principali lata ipsi faveat. &c.

XIII.

Rationibus decidendi, ut judicans sententiam muniat, vix est necesse, sed arbitrarium omnino, sicut & hoc ab arbitrio pendeat, utrum, si rationes addat, easdem sententiæ intermiscere, an in peculiari schedula exponere velit. Verum tamen non lex solum * sed etiam observantia judiciorum, ** imo, si sententias

tentias a Collegio Juridico expetitas spectes, præcedens imploratio necessitatem judicanti imponere potest, ut sententiam rationibus fulciat. Extra hos casus satius est, eas non addere. ***

* Ita ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 34.* §. *4.* urget, ut judex sententiis definitivis, interlocutoriis mixtis, reformatoriis, itemque iis, quæ libellum ineptum judicant, rationes decidendi adjiciat.

** Hoc sigillatim usu invaluit in Collegiis Justitiæ fori juris communis, ubi referens votum cum Collegis communicat, ab his approbandum.

*** Cumprimis, quod litigantibus temerariis disputandi & cavillandi inde oriatur occasio. Quare & CARPZOV. *in Proc. Tit. 10. art. 1. n. 65.* stolidum putat id judicantis institutum, quo sponte sua in communicandis rationibus sententiæ desudat. Eandem rationem & hanc, quæ in quibusdam judiciis invaluit, observantiam produxisse credo, vi cujus rationes, a Collegio Juridico cum sententia obtentas, ab Actis removent.

XIV.

Sententiam rite conceptam legitime etiam publicandam esse, res ipsa docet. * Eumque in finem judex terminum arbitrarium præfigit ** & emissa citatione partes commonefacit, ut expensas judiciales, sententiæ intuitu erogatas, *** prius exsolvant.

* Est enim sententia ideo concepta, ut legem inter

ter partes faciat. Sed per se patet, legem non obligare, quæ non est rite promulgata.

** In Saxonia Electorali vi ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 34.* §. 5. citationem intra octiduum a die impetratæ sententiæ emittere, utque constet, an legi morem gesserit, registraturam præsentatæ sententiæ non negligere, præterea terminum ultra spatium 14. dierum haut extendere, officii vero immemor pœnam 5. Imperialium exsolvere debet.

*** Solent quidem expensas etiam litis, si quas adhuc pars debet, addere, earumque exsolutionem urgere, ac dispositionem *L. 15. C. de judic.* in usus suos convertere. Sed harum prætextu publicationem sententiæ denegari vetat *d.* ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *d. l.* & *Tit. 36. §. 4.*

XV.

In termino publicationis, modo una pars compareat, * judex Acta prius, si a Collegio Juridico sententiam obtinuerit, resignat ** & sententiam, vel prælegendo vel eam Actis inserendo, copiamque inspiciendi concedendo, publicat. *** Super ipso vero publicationes actu protocollum cum omnibus circumstantiis concipi curat. ****

* Si utraque pars emaneat, terminus habetur pro circumducto, & judicis in arbitrio positum est, velitne novam citationem concipere, an sententiam partibus in vim publicati transmittere. In Saxonia vero Electorali, vel utraque parte, rite tamen citata, absente, ex officio sententiam judex Actis

Actis inserit, simulac hora XII. meridiana audita est. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 34. § 5.*

** Quod inde est, ut eo magis suspicionem subornationis evitet judex, eique occasio, sententiam removendi, praescindatur. Ideo etiam d. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* judici diserte prohibet, ne Acta & sententiam aperiat prius, quam vere vel ficte praesentes sint illi, qui ad publicationem erant citati.

*** Qua occasione parum quidem interesse videtur, an principali ipsi, an mandatario ejus fiat publicatio, modo tamen mandatum eo nomine acceperit. Si litigans tamen ipsi simul facultatem citationes accipiendi non dederit, per se patet, quod citatio ad publicationem, non mandatario, sed principali, insinuanda sit. Alias enim huic publicatio non nocebit, etiamsi aliunde rei nactus sit notitiam GRIBNER *Lib. 1. cap. 5. Sect. 2. §. 3. not. 4* modo ex postfacto sententiam non approbet. LEYSER *Spec. 469. med. 6.* Quod autem laudatus Auctor addit, & eum haberi pro approbante, qui rescivit, & remedio intra decendium non est usus, id mihi ideo dubium videtur, quia actus ipse publicationis nullitate laborat, *L. 7. C. quomod. & quand. jud. Clement. 2. de Verbor. Signif.* Nullus vero actus nullum producere potest effectum, nec culpa judicis nocere illi, qui non citatus, quid rerum agatur in judicio, curare non debet. Nec obstat. *L. 3. C. Eod.* quae commode intelligi potest de eo casu, ubi non citatus postea notitiam legitime obtinuit. Caeterum, si citatio rite peracta sit, ut judex absenti, sententiam praesenti publicatam, in vim publicati transmittat, vix est necesse, sed sententia nihilosecius transit in rem judicatam *c. 15. X. de sentent. & re judic.* add. tamen LEYSER *d. Spec. med. 8.*

**** Hoc

**** Hoc autem ſpeciatim loquatur, cui & quando publicatio facta. Nec omittat Actuarius horam publicationis, imo, ſi diverſis temporibus alterutri facta publicatio, id accurate annotet, cum notum ſit, tempus decennii partibus, quæ remediis uti cupiunt contra ſententiam, conceſſi, currere de momento ad momentum. Sin diem ſolum publicationis conſignaverit Actuarius, tota dies publicationis parti prodeſt.

CAPVT III.

DE

IIS QVAE FIVNT POST SENTENTIAM SPECIATIM

DE

EXECVTIONE SENTENTIAE.

I.

SEntentia rite publicata, poſt decendium, a die publicationis præterlapſum, vires rei judicatæ conſequitur, & jus inter partes facit, * ſalva interim relicta facultate, velit pars illa, quæ per ſententiam ſe gravatam credit, iſtum effectum legitimo remedio, tempeſtive interpoſito, ſuſpendere. **

* Inde fluit 1) quod jus quæſitum tribuat, nemini invito, ne per Principem quidem, auferendum; 2) quod nec retractari poſſit ſub ſpecie novorum inſtrumentorum poſtea repertorum; 3) quod ter-

tio neque profit, neque noceat *L. 63. pr. de re judic. c. 25. X. de sentent. & re judic.* nisi vel postea jus a parte litigante consecutus sit *L. 44. de re judic.* vel jus litigantis cum jure tertii ita connexum sit, ut unum ab altero pendeat, tertiusque de lite informatus tacuerit *L. 63. & d. c. 25. X. de re judic.* Ut autem suo res judicata gaudeat effectu, hæc requiruntur, ut 1) conveniens sit rectæ rationi, 2) vim legis publicæ prioris non tollat *L. 2. C. quand. provoc. non est necess.* 3) jus jam antea ex sententia quæsitum non auferat 4) ea, quæ non relevant, & nullam utilitatem spondent, non stabiliat *c. 9. X. de sent. & re judic.* 5) litigatoris intersit, ut vires habeat *arg. L. 15. pr. de Servit.* 6) Causa justa non adsit, ex qua alter per sententiam læsus in integrum restituatur. Non enim speciales solum restitutionum causæ, sed & illæ, quas generalis Prætoris clausula juvat, sunt admittendæ *L. 30. §. 1. ex quib. caus. major. c. 5. X. de in integr. restit. c. 8. X. de Appell.* add. LEYSER. *Spec. 470. sqq.*

** Quo tamen ne opus quidem est, si vel vitium sententiæ insit, quod rei judicatæ obstat, vel leges ob qualitatem causæ & ex peculiari ratione sententiæ vim rei judicatæ adimant. Exempla vide in BÖHMERI *Diss. de sententiis in rem judicatam non transeuntibus.*

II.

Ex quo vero sententia in rem judicatam transit, judex, eo nomine imploratus,* ut eidem effectum conciliet, omnino necesse, sed rationis tamen est, ut dispiciat prius litigator & judex, anne contineat sententia aliquod caput, quod execu-

xecutionem differt, idque, si adsit, in ordinem redigi & discuti curet.

* Judex actum executionis dirigere debet, quia privato in privatum nullum imperium competit. Imploratus eo nomine esse debet judex, ne executionem decernat contra eum, qui sponte sua forsan judicato satisfecit.

III.

Patet enim per se, quod sententiæ definitivæ conditionatæ puta, quæ juramentum legale dictitavit, satisfacere & eo allaborare debeat judex & pars, ut, quæ juramenti præstationem respiciunt, expediantur. Pari ratione, cum non una vice sententia, præter objectum principale, accessionum quoque & damnorum ac expensarum mentionem faciat, alteramque partem eo nomine condemnet, imo & ipsum litis objectum condemnatus præstare non possit in specie, res ipsa exigit, ut de æstimatione rei, & quantitate, partes conveniant prius, quam executionem decernere possit judex.

IV.

Generatim quidem his in casibus id agere debet ille, in cujus favorem sententia lata est, ut quantitatem sibi præstandam liquidam reddat, eam specifice indicet, quatenus facti est, probet, &

judicis decisionem desuper expectet. Verum sunt & specialia hoc loco adducenda, quæ Practicus in suos convertere potest usus.

V.

Sunt nimirum primo quædam actiones, quæ ut universales & generales eo tendunt, ut reus ipse quantum restituendum indicet, eoque nomine rationes reddat. * Prima itaque rei ex his actionibus condemnati est obligatio, ut ipse de fundamento rationum reddendarum sit sollicitus, & consignationem legitimam, sive inventarium ** victori exhibeat, ex quo de quantitate danda vel restituenda constet. ***

* Pertinent huc hereditatis petitio, actiones mixtæ, quæ præstationes personales habent admixtas, omnes, nec non illæ, quarum fundamentum in administratione rei restituendæ positum est, v. c. tutelæ, negotiorum gestionis, illæ itidem, quibus revocamus rem, quam alter jure quidem suo, sed ita possedit, ut substantiam conservaret salvam.

** In ejus locum, si, qui ad rationum redditionem erat obligatus, ejus confectionem neglexerit, Germani admittunt specificationem juratam, eique eosdem effectus adscribunt. De Saxonia res certa est, vid. PHILIPPI *ad Decis. Elect. 57. Obs. 2.* Verum & de reliquis Germaniæ gentibus idem testantur BRUNNEMANN. ad *L. ult. C. de jur. deliber.*

deliber. SCHÖPFFER *Synopſ. Pandect. tit. de jur. deliberandi n. 17.* Sola tamen actio ex adminiſtratione rerum pupillarium, & earum, quæ eodem jure cenſentur, excipienda eſt. Contra ejusmodi enim adminiſtratorem in conficiendo inventario negligentem leges in litem jurare permittunt. Imo dubium non eſt, quin eodem medio generatim negligentia in edendis rationibus coerceatur. WERNHER. *P. 8. Obſ. 434.*

*** Sed quid, ſi conficiendi inventarii aut edendæ juratæ ſpecificationis neceſſitas remiſſa ſit? Nihilofecius conſignationem exhibeat reus neceſſe eſt, cum vix alia ratione effectum habere poſſit ipſa actio, de reddendis rationibus inſtituta. Sic vero ne pater quidem, qui bona liberorum adminiſtrat, ab hac neceſſitate eſt liberatus.

VI.

Utut vero condemnatus inventarium exhibeat, publica etiam fide munitum, nil tamen obſtat, ne adhuc de omiſſis reſpondere debeat. Permittunt enim leges illi, cui inventarium exhibetur, * ut vel defectus indicare, demonſtrare, & exhibentem ad juramentum manifeſtationis gravare, vel juramentum etiam litis deciſorium ſuper omiſſis deferre poſſit. **

* Alternativam hanc merito arbitrio ejus, cui rationes ſunt reddendæ, relinquimus, cum juramenti delationem contra inventarium indiſtincte admittat *L. 22. §. 10. C. de jure deliber.* Hanc vero absque allegatione defectuum fieri poſſe, ſupra docuimus. Hoc unum addo, juramenti delationem procul dubio exulare, quando lex ad-

 miniſtra-

miniſtratorem præciſe immunem a jurisjurandi neceſſitate præſtat. v. c. patrem. Cumque eandem lex teſtatoris habeat efficaciam, quam lex publica, & illi, cui juramentum teſtator remiſit, id ipſum tamen deferri poſſe, non puto, niſi ſimul deferens ſigillatim defectus indicet, & ea, quæ in conſignatione omiſſa ſunt, ſpecifice alleget.

** Idem juris eſſe arbitror, ſi juratam ſpecificationem quis exhibuerit, vel ſi plane neceſſitas inventarii vel juratæ ſpecificationis remiſſa ſit. Ut enim probabile non eſt, leges dolo vel deſidiæ adminiſtratoris favere velle, ita citra iniquitatem & injuſtitiam probationem doli, deſidiæque illi, cui cum adminiſtratore res eſt, denegare non poſſumus. Quæ, cum recte abſolvatur per juramenti delationem, facile patet ratio, cur adminiſtrator ejus præſtationem declinare nequeat. add. BERGER. *Oec. Jur. Lib. 2. tit. 4. §. 50. not. 9.*

VII.

Fundamento itaque, ex quo de rationibus conſtet, exhibito, & lite ſuper defectibus ſopita, de eo præterea ſollicitus ſit condemnatus, ut ipſas rationes acceptorum & expenſarum nomine legitime juſtificet. Non enim ſufficit, eas in folle edere. * Sed data & accepta ſigillatim ſunt exprimenda atque probanda.** Quo nomine alter, contra quem rationes proferuntur, audiatur neceſſe eſt. Inde copia ipſi datur, ſi quæ habeat monenda, contra rationes, judici exhibendi, de quibus deinde hic, ſi replicand(

adm-

administrator defensionem curaverit, pars vero adversa duplicando, quæ dicenda supererant, addiderit, cognoscit, & litem sententia finit. ***

* Ejusmodi enim rationes, non obstante liberatione, impugnare & denuo earum redditionem urgere licet. MEVIUS *P. 8. Decis. 21.* FABER *in Codic. Lib. 5. tit. 31. def. 3.* modo tamen actor, quod facere omnino debet, probet prius, rite easdem redditas non esse. MEV. *P. 8. Decis. 18.*

** Non plene tamen, sed sufficit demonstratio, quæ per productionem quitantiarum vel apocharum, certis signis vel numeris distinctarum, & convenienti loco inductarum peragitur. Imo in levioribus jurata confirmatio sufficit.

*** Absque omni ambage judicem hic procedere debere, jam agnoverunt Romani, volueruntque, ut boni viri magis arbitratu, quam ex concepta formula lis finiretur. Hodie judex recte Commissarium constituit, qui ex æqvo & bono rem expediat. Et hic quidem, audita utraque parte, rationes, quatenus partes de iisdem conveniunt, justificatas declarat, quæ vero contradictioni subsunt, quatenus juris sunt, statim terminat, quatenus facti sunt, demonstratione ad liquidum perducendas injungit.

VIII.

Porro, quod ad actiones singulares attinet, illæ vel speciem concernunt, vel factum vel non factum. Si igitur quis condemnatus, ut factum omittat, vix nova de quantitate quæstio incidit, sed

judicis jam eſt, ut condemnato, ſi pœnam in caſum contraventionis nondum expreſſerit ſententia, ad inſtantiam victoris, vel cautionis præſtationem injungat, vel mulctam, ſi contrafecerit, præfigat, contumacem vero vel puniat, vel cautionem loco intereſſe victori aſſignet. *

* Cautio ſigillatim de non turbando exigitur in actionibus confeſſoria & negatoria, &, niſi eam, præſtet victus, tanti condemnatur quanti in litem juratum, *L. 7. & 17. D. ſi ſervit. vindic.* Eodem modo cautio ejus generis præſtanda eſt, ſi in poſſeſſorio quis victor abierit. WERNHER *P. 1. Obſ. 290.* Sic & urgemus cautionem de non offendendo, ſi quis mala nobis minatus ſit. In reliquis caſibus vel mulctæ dictio ſufficere poteſt, add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 3.*

IX.

Sin quis condemnatus, ut faciat, aut factum adhuc præſtare poteſt, aut culpa ſua effecit, ut præſtare illud nequeat, aut caſu impeditus eſt. Ultimo caſu actio ipſa in irritum cadit. Primo in caſu, ſi id exigat victor, præciſe præſtare debet. * Secundo demum in caſu quæſtio iterum de quanto incidit, cum æquum ſit, ut præſtetur victori id, quod intereſt. Quod hic ipſe ad liquidum perducere

cere debet, ita tamen, ut neque judicis arbitrium, neque juramentum in litem, si sigillatim dolus alterius concurrat, excludatur. **

* Quam enim alii inter obligationes dandi & faciendi fingunt distinctionem, cum genuino destituatur fundamento, merito cum THOMASIO *in Diss. an promissor facti liberetur præstando id, quod interest* rejicimus, nec mirari satis possumus, esse quosdam, qui libellum, ad factum simpliciter præstandum, directum, tanquam ineptum rejiciunt. Non desunt certe media, quibus refractarii contumaciam coercere possumus. Pœnalia mandata statim a tempore rei judicatæ emitti, & facti præstationem, dato spatio 14. dierum, injungi, postea pœnam carceris, aliaque media adhiberi jubet ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 1.* Hoc tamen omnino consultum est, ne victor, si casus extremæ contumaciæ existat, vel alias sibi parum utilitatis ex absoluta coactione oriturum sentiat, juri stricte inhæreat, sed ut magis præstatione ejus, quod interest, sibi satisfieri patiatur.

** Admittitur etiam hoc juramentum in subsidium, si culpa promissoris factum fieri nequeat, damnumque inde sentiat alter, cujus quantitatem neque ipse certam efficere, neque judex æstimare potest. add. HILLIGER. *ad Donell. Lib. 26. cap. 10. lit. D.* Optimum consilium est, ut pœnam conventionalem sibi stipuletur ille, cui factum præstandum, quæ deinde cadat in commissum.

X.

Ubi demum de re danda vel restituen-

T 5 da

da ſermo eſt, res iſta vel adhuc extat, vel dolo aut culpa victi non extat. Priori in caſu, prævio monitorio, * judex rem mobilem judiciali auctoritate aufert, & victori tradit, in rem immobilem, prævia exmiſſione poſſeſſoris, victorem immittit. Poſteriori in caſu denuo de quanto ſermo eſt, dum æſtimationem rei præſtare debeat ille, qui dolo aut culpa effecit, ne res extaret. Quo nomine denuo probatio a victore exigitur. **

* Nulla hic inter actiones reales & perſonales eſt differentia, ſed, ubi de ſpecie res eſt, quam quis poſſidet, ſtatim & ſine mora reſtitutio fieri debet, etiam in Saxonia, quod late demonſtrat WERNHER *P. 7. Obſ. 11.* & confirmat ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 39.* §. 4. Aliquod tamen ſpatium moribus indulgetur, quod in Saxonia eſt 14. dierum.

** Regulas, quas in æſtimatione judex ſequi debet, ab Interpretibus ad *tit. D. de condictione triticaria* tradi ſolitas, repetere nolo. Hoc addam primo, & contra eum, qui, actione reali conventus, doloſe rem poſſidere deſiit, & contra eum, qui actione perſonali conventus de eo convincitur, quod dolo vel culpa lata effecerit, ut res periret, jurari in litem. Huic adjicio deinde, conſultum eſſe, ut ille, qui rem ex contractu alteri exhibet ſub lege reſtitutionis, de æſtimatione rei ſtatim cum hoc conveniat, ne poſtea difficilem ejus, quod intereſt, probationem in ſe ſuſcipere debeat.

XI.

XI.

Verum & de rei extantis reſtitutione concepta ſententia, ſi ad fructus ſimul & damna dirigatur, litem novam de quanto parit. Et priori quidem in caſu onus rationes reddendi de fructibus perceptis vel percipiendis devolvitur in eum, qui ad reſtitutionem eſt condemnatus. Quo facto, ſi a neceſſitate inventarium exhibendi diſceſſeris, quippe quæ in actionibus ſingularibus ceſſat, eodem, quo ſupra diximus, modo, proceditur. Poſteriori autem in caſu, ſi de damnis conqueratur victor, ea, quia facti ſunt, probet neceſſe eſt, niſi dolo ſint data, quia tum iterum ad juramentum in litem admittitur.

XII.

Hoc ſingulare eſt, quod, ſi quis alteri per vim damna dederit, damnum paſſus, quando ſingula comprobare nequit, & ipſum damnum & ejus æſtimationem jurejurando confirmare poſſit. * Hoc autem in omnibus iſtis caſibus, ubi quis ipſe æſtimat damna & intereſſe, interveniente jurejurando, generale eſt, quod primo judicis ſemper moderatio antecedat, ** contra præſtitum autem hoc juramen-

ramentum probatio in contrarium non admittatur. ***

* Vocant hoc juramentum Zenonianum, ejusque sedes est in *L. 9. C. unde vi.* add. HORNII *Diss. specialem de hoc juramento.* Probat illud ORDIN. PROC. SAX. *Tit. 31.*

** Hoc Juri Civili omnino convenit, ut tradunt Interpretes ad *tit. D. de in litem jurand.* Formulam pronunciandi habet KRAUS. *Tract. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 5. Sect. 3. §. 21.*

*** add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 31. §. 2.* Ubi obiter moneo, Saxones olim permisisse, ut eo in casu, si damna per vim expulsivam vel ablativam data essent, ille ipse, qui damnum dedisset, vi IUR. PROV. *Lib. 3. art. 47. & 51.* ORD. PROC. VETER. *Tit. 31. §. 2.* aestimationem damni, quam pars adversa se perpessam conquesta esset, jurejurando minorationis diminueret. Verum, licet haec in Saxonia Communi usu adhuc serventur, Elector tamen Saxo in ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 31. §. 1.* hoc juramentum plane sustulit, & ejusmodi lites per juramenti delationem finiri jussit, si alia probatio deesset. add. interim MENCKEN. *Tract. Proc. Tit. 31. §. 6. sqq.*

XIII.

Denique, si expensarum totius processus rationem habeat sententia, ut & de harum quantitate inter partes conveniat, necesse est. Igitur pars victrix Judici offert expensas, secundum Taxam, * si quae extat in provincia, specifice, non in folle, ** consignatas. Qua

Qua occaſione ita demum caute procedit, quando extrajudiciales a judicialibus, has iterum ab iis, quæ nomine *des Verlages* veniunt, ſeparat, liquidationi verò eas non inſerit, quas præter neceſſitatem erogavit, *** quibus ſua culpa occaſionem dedit, **** quasque judex in ſententia expreſſe non adjudicavit. *****

* Ejusmodi taxam, in Saxonia Electorali peculiari mandato præſcriptam, ita præciſe ſervari jubet ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 36. §. 1.* ut nec quicquam valeant in contrarium ſtatuta, conſuetudines, tranſactiones, vel libri cenſuales. Non tamen præciſe prohibet, ne ultra taxam quis expenſas petat, ſed id ſolum requirit, ut judex easdem moderatione ſua temperet, & taxam ante oculos habeat, quo usque æquitas non ſuadet, ut expenſas ſolitis majores aſſignet. In foro Juris Communis plerumque pro lubitu cauſarum patroni expenſas conſignant, ſatis memores illius vulgati: Iniqua petimus, ut æqua obtineamus.

** Eſt enim neceſſe, ut judex expenſas cum exhibitis, pro quibus honorarium exigit advocatus, conferat, & una cum parte diſpiciat, an re ipſa ſint erogatæ a parte adverſa, & anne neceſſitas earum erogationem exegerit. Inde etiam apparet, quare victor ad certa expenſas revocare debeat capita. Eæ enim, quas judici ſolvit, eæ etiam, quæ certam jam habent æſtimationem, moderationi judicis regulariter non ſubſunt, quod

ſecus

secus est, si eas spectes, quæ honorarii loco advocato præstandæ sunt.

*** v.c. salarium annuum, palmarium. RIVINUS *Tit. 36. En. 28.* GRIBNER *Lib. 1. cap. 5. Sect. 2. §. 7.* Huc etiam refero, si quis præter necessitatem iter ad judicium fecit, si advocatum, quem in loco judicii habere potuisset, aliunde conquisive & sumtus multiplicavit. Quamvis enim Advocatus hoc in casu a mandante indemnis præstandus sit, non tamen causa adest, cur hos sumtus adversario imponamus. Verbo: Necessarias expensas eas merito dixeris, quæ necessario cum causæ decisione sunt connexæ.

**** Intellige expensas contumaciales. Hæ enim culpa vincentis fiunt. Damnum vero, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur.

***** Quod intellige de iis, quas occasione remediorum suspensivorum vel devolutivorum, quibus contra sententiam definitivam, in expensas totius processus condemnatoriam, usus est adversarius, impendit pars victrix. Has enim repetere nequit, nisi judex adversarium expresse iterum in expensas retardati processus condemnaverit. Quod inde est, quia solo judicis officio debentur. Igitur, si præterierit easdem judex, de gravamine illato querela est movenda, ne res judicata obstet. WERNHER *P. 1. Obs. 337.* add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 36. §. 4.*

XIV.

De singulis autem quantitatibus, expensarum nomine consignatis, liquidans judici fidem faciat, necesse est. Quem in finem ad folia, vel numeros Actorum, ubi exhibita aut positiones extant, provo-

provocat, quæ judici jam ſolvit, vel aliam ob cauſam jam erogavit, quitantiis & apochis corroborat. Quæ cum ita ſint, facile patet, partem adverſam ut, quæ monenda habeat, proferet, poſſit audiendam, terminumque ideo a judice præfigendum eſſe. * Ubi certe non abs re erit, ut contra contumacem judex decernat peculiare præjudicium, ne in longius litem protrahat. **

* Et quidem *zur Einlaſſung auf die Liquidation.* Quod generale eſt, ſi ſuper quanto damnorum, expenſarum, vel ejus, quod intereſt, lis oriatur, quo ex reſponſione citati conſtet, quid probatione indigeat. Idem confirmat ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 36. §. 4. ſq.* Sed recte hanc peculiarem præfigendi terminum neceſſitatem reſtringit ad caſum reſtituendarum expenſarum totius proceſſus. Cum certe, ubi unius alteriusve termini expenſæ ſolum reſtituendæ ſunt, his ambagibus non ſit opus, ſed res faciliori via per judicis æſtimationem expediri poſſit.

** Verb. grat. pœnam confeſſi & convicti, vel, quod rei magis convenit, pœnam liquidi. In Saxonia Electorali, ſi de expenſis ſermo ſit, judex citationi ſtatim inſerere debet comminationem, *daß bey unterbliebener Erſcheinung oder nicht beſchehener Einlaſſung nichts deſtoweniger ex officio darauf erkannt werden ſolle.*

XV.

Jam, ubi capita, quæ executioni moram injiciebant, a contradictione ſunt

liberata,

liberata, nec tamen victus sponte sua judicatis paret, judex, eo nomino denuo implorandus, * praeceptum executivum refractario insinuandum curat, & novum spatium, intra quod satisfaciat sententiae, simul concedit, constitutionem liquidi ** & executionem minatur, *** si admonitus spatium labi patiatur.

* Consultum vero est, & naturae rei conveniens, ut pars victrix specificationem ejus, quod solvendum est, cum imploratione exhibeat, eamque simul transmitti curet victo, quo partim hic de pecunia conquirenda sollicitus esse, partim dispicere possit, anne quid insit liquidationi, ad cujus solutionem non est obligatus.

** Huic vel ideo judex occasionem subministrat, ne condemnatum defensionibus suis privet, si quas habeat adhuc adducendas. Sunt enim exceptiones, quae executionem etiam impediunt. Sed jam alibi dixi, immerito huc referri eas, quae actorem non constituunt in dolo, maxime, cum secundum RECESSVM IMPER. *de anno 1654.* omnes exceptiones peremtoriae sub poena praeclusi statim post Litis Contestationem sint opponendae. Merito igitur Elector Saxo id privilegium exceptionibus solum solutionis, compensationis & rei judicatae tribuit in ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 39.* §. *6.* quibus tamen addo exceptionem retentionis ob expensas in rem restituendam factas, quas jure obligationis quis facere non debebat. WERNHER. *P. 1. Obs. 287.* nec non exceptionem spolii, CARPZOV. *P. 1. Const. 6. def.* 4. modo tamen de jure Saxonico Electorali spolium post Litis Contestationem supervenerit.

Verum

Verum ut naturale eſt, ne liquidum ſub prætextu illiquidi remoretur, ita & has exceptiones in continenti probari poſſe, merito deſidero, alias enim rectius ſeparata actione deducendæ erunt. Ita etiam habet ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* add. tamen de jure retentionis, quæ tradit WERNHER *all. loc.* Inſuper & hoc certiſſimum eſt, eas exceptiones antea jam oppoſitas, vel deſertas tamen vel rejectas, non executionem ſolum nunquam impedire, ſed ne ſeparata quidem actione petitionem earum concedi. MENCKEN *Tract. Synopt. Proc. Tit. 39. §. 24. ſqq.* WERNHER. *P. 7. Obſ. 28.*

*** In Saxonia Electorali ſpatium 14. dierum conceditur. ORD. PROC. REC. *Tit. 39. §. 5.*

XVI.

Spatio igitur elapſo, regulariter in certo termino, eventualiter præſtituto, pars victrix de eo ſollicita eſt, ut judicis declarationem ſuper liquido & hujus approbationem impetret, * hac impetrata, eum de peragenda executione iterata vice admoneat, & peculiare objectum, in quod executio fiat, determinet. **

* Hoc judex vel ideo denegare nequit, quia alias, niſi omnia auctoritate ejus liquida declarata ſint, executio fieri nequit. Ne igitur vel judici ſuper liquido nova oriatur dubitandi occaſio, ſedulo alloboret pars victrix, & omne dubium tollat. Judicis enim ſalvum eſt arbitrium, ea, quæ plus petuntur, diminuendi, liquida ab illiquidis ſeparandi. Quod ſi faciat, executio interim ſuper

liquido peragitur, illiquidum ulteriori discussioni reservatur. In Saxonia tamen Electorali, si postea ad liquidum deductum sit, executio non repetitur, sed æque ac super liquido peracta habetur, ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 5.* Cæterum perinde est, sitne victus in termino hoc præsens vel absens. Hoc sufficit, eum legitime esse citatum.

** In plerisque tamen judiciis Germaniæ moris est, ut judex vix annuat petito, & executionem decernat, nisi prius pars victrix exsolverit certam pecuniæ summam pro executionis actu peragendo, *das Hülffs Geld.* Quæ determinationem habet a quantitate liquidi v. c. 5. pro 100. & a parte victrice in ipsam quantitatem, cujus intuitu executio facienda, imputatur. Cessat tamen hæc pecuniæ solvendæ necessitas, si executionem actualem debitor impediat per declarationem, quod eam pro facta habere velit.

XVII.

Ordinem in executione peragenda hunc Jus Civile servari jubet, ut primum fiat in mobilia, dein, si hæc non adsint, vel non sufficiant, in immobilia, denique in nomina & jura actoris.* Exceptæ tamen sunt res culturæ inservientes, & quibus quis ad artem exercendam, & alimenta paranda opus habet, quippe quæ in subsidium demum tenentur. ** Vix tamen creditor hunc ordinem sequitur, si specialis res in securitatem crediti obligata sit.

* Aliter

* Aliter in Saxonia Electorali. Nam ORDIN. PROC. SAX. RECON. *Tit. 39.* §. *7.* creditoris mero arbitrio relinquit, quanam in re debitoris executionem fieri velit, hoc tamen adhibito temperamento, ne executio ob debitum exiguum fiat in re magni pretii, si aliae adsint, ex quibus creditori satis fieri possit.

** Hoc etiam confirmat ORDIN. PROC. SAXON. VET. *Tit. 39.* §. *6.* add. MENCKEN. *Tract. Synoptic. Proc. Tit. 39.* §. *44.* Plane singulare est, quod leges civiles, executionem fieri posse in militum stipendia, negent *L. 4. C. de execut. rei jud.* quod ad aliorum officialium stipendia applicant BRVNNEMANN *ad d. L. n. 3.* LEYSER *Spec. 476. med. 3. sq.* In clericorum tamen stipendia & beneficia executionem fieri posse, modo salva habeant alimenta, tradit IDEM *d. spec. med. 5. sq.*

XVIII.

Generatim tamen necesse est, ut executio fiat in bona debitoris propria. Quare merito excipiuntur illa, quae debitor non suo, sed alieno nomine possidet. * Ne tamen ususfructus, qui debitori in bonis alienis competit, objectum executionis sit, nil obstat, modo tertii jus non laedatur, cujus interest, ne ususfructus debitori in totum intercipiatur. **

* Consultum tamen est, ut jure interventionis dominus rem suam conservare studeat, antequam publice veneat, ne postea cum fisco agere & aestimatione rei contentus esse debeat.

** Sic, quia v. c. maritus bonis paraphernalibus

da ſermo eſt, res iſta vel adhuc extat, vel dolo aut culpa victi non extat. Priori in caſu, prævio monitorio, * judex rem mobilem judiciali auctoritate aufert, & victori tradit, in rem immobilem, prævia exmiſſione poſſeſſoris, victorem immittit. Poſteriori in caſu denuo de quanto ſermo eſt, dum æſtimationem rei præſtare debeat ille, qui dolo aut culpa effecit, ne res extaret. Quo nomine denuo probatio a victore exigitur. **

* Nulla hic inter actiones reales & perſonales eſt differentia, ſed, ubi de ſpecie res eſt, quam quis poſſidet, ſtatim & ſine mora reſtitutio fieri debet, etiam in Saxonia, quod late demonſtrat WERNHER *P. 7. Obſ. 11.* & confirmat ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 39. §. 4.* Aliquod tamen ſpatium moribus indulgetur, quod in Saxonia eſt 14. dierum.

** Regulas, quas in æſtimatione judex ſequi debet, ab Interpretibus ad *tit. D. de condictione triticaria* tradi ſolitas, repetere nolo. Hoc addam primo, & contra eum, qui, actione reali conventus, doloſe rem poſſidere deſiit, & contra eum, qui actione perſonali conventus de eo convincitur, quod dolo vel culpa lata effecerit, ut res periret, jurari in litem. Huic adjicio deinde, conſultum eſſe, ut ille, qui rem ex contractu alteri exhibet ſub lege reſtitutionis, de æſtimatione rei ſtatim cum hoc conveniat, ne poſtea difficilem ejus, quod intereſt, probationem in ſe ſuſcipere debeat.

XI.

XI.

Verum & de rei extantis reſtitutione concepta ſententia, ſi ad fructus ſimul & damna dirigatur, litem novam de quanto parit. Et priori quidem in caſu onus rationes reddendi de fructibus perceptis vel percipiendis devolvitur in eum, qui ad reſtitutionem eſt condemnatus. Quo facto, ſi a neceſſitate inventarium exhibendi diſceſſeris, quippe quæ in actionibus ſingularibus ceſſat, eodem, quo ſupra diximus, modo, proceditur. Poſteriori autem in caſu, ſi de damnis conqueratur victor, ea, quia facti ſunt, probet neceſſe eſt, niſi dolo ſint data, quia tum iterum ad juramentum in litem admittitur.

XII.

Hoc ſingulare eſt, quod, ſi quis alteri per vim damna dederit, damnum paſſus, quando ſingula comprobare nequit, & ipſum damnum & ejus æſtimationem jurejurando confirmare poſſit. * Hoc autem in omnibus iſtis caſibus, ubi quis ipſe æſtimat damna & intereſſe, interveniente jurejurando, generale eſt, quod primo judicis ſemper moderatio antecedat, ** contra præſtitum autem hoc juramen-

ramentum probatio in contrarium non admittatur. ***

* Vocant hoc juramentum Zenonianum, ejusque ſedes eſt in *L. 9. C. unde vi.* add. HORNII *Diſſert. ſpecialem de hoc juramento.* Probat illud ORDIN. PROC. SAX. *Tit. 31.*

** Hoc Juri Civili omnino convenit, ut tradunt Interpretes ad *tit. D. de in litem jurand.* Formulam pronunciandi habet KRAVS. *Tract. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 5. Sect. 3. §. 21.*

*** add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 31. §. 2.* Ubi obiter moneo, Saxones olim permiſiſſe, ut eo in caſu, ſi damna per vim expulſivam vel ablativam data eſſent, ille ipſe, qui damnum dediſſet, vi IVR. PROV. *Lib. 3. art. 47. & 51.* ORD. PROC. VETER. *Tit. 31. §. 2.* æſtimationem damni, quam pars adverſa ſe perpeſſam conqueſta eſſet, jurejurando minorationis diminueret. Verum, licet hæc in Saxonia Communi uſu adhuc ſerventur, Elector tamen Saxo in ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 31. §. 1.* hoc juramentum plane ſuſtulit, & ejusmodi lites per juramenti delationem finiri juſſit, ſi alia probatio deeſſet. add. interim MENCKEN. *Tract. Proc. Tit. 31. §. 6. ſqq.*

XIII.

Denique, ſi expenſarum totius proceſſus rationem habeat ſententia, ut & de harum quantitate inter partes conveniat, neceſſe eſt. Igitur pars victrix Judici offert expenſas, ſecundum Taxam, * ſi quæ extat in provincia, ſpecifice, non in folle, ** conſignatas. Qua

Qua occasione ita demum caute procedit, quando extrajudiciales a judicialibus, has iterum ab iis, quæ nomine *des Verlages* veniunt, separat, liquidationi vero eas non inserit, quas præter necessitatem erogavit, *** quibus sua culpa occasionem dedit, **** quasque judex in sententia expresse non adjudicavit. *****

* Ejusmodi taxam, in Saxonia Electorali peculiari mandato præscriptam, ita præcise servari jubet ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 36. §. 1.* ut nec quicquam valeant in contrarium statuta, consuetudines, transactiones, vel libri censuales. Non tamen præcise prohibet, ne ultra taxam quis expensas petat, sed id solum requirit, ut judex easdem moderatione sua temperet, & taxam ante oculos habeat, quo usque æquitas non suadet, ut expensas solitis majores assignet. In foro Juris Communis plerumque pro lubitu causarum patroni expensas consignant, satis memores illius vulgati: Iniqua petimus, ut æqua obtineamus.

** Est enim necesse, ut judex expensas cum exhibitis, pro quibus honorarium exigit advocatus, conferat, & una cum parte dispiciat, an re ipsa sint erogatæ a parte adversa, & anne necessitas earum erogationem exegerit. Inde etiam apparet, quare victor ad certa expensas revocare debeat capita. Eæ enim, quas judici solvit, eæ etiam, quæ certam jam habent æstimationem, moderationi judicis regulariter non subsunt, quod secus

secus est, si eas spectes, quae honorarii loco advocato praestandae sunt.

*** v.c. salarium annuum, palmarium. RIVINUS *Tit. 36. En. 28.* GRIBNER *Lib. 1. cap. 5. Sect. 2. §. 7.* Huc etiam refero, si quis praeter necessitatem iter ad judicium fecit, si advocatum, quem in loco judicii habere potuisset, aliunde conquisive & sumtus multiplicavit. Quamvis enim Advocatus hoc in casu a mandante indemnis praestandus sit, non tamen causa adest, cur hos sumtus adversario imponamus. Verbo: Necessarias expensas eas merito dixeris, quae necessario cum causae decisione sunt connexae.

**** Intellige expensas contumaciales. Hae enim culpa vincentis fiunt. Damnum vero, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur.

***** Quod intellige de iis, quas occasione remediorum suspensivorum vel devolutivorum, quibus contra sententiam definitivam, in expensas totius processus condemnatoriam, usus est adversarius, impendit pars victrix. Has enim repetere nequit, nisi judex adversarium expresse iterum in expensas retardati processus condemnaverit. Quod inde est, quia solo judicis officio debentur. Igitur, si praeterierit easdem judex, de gravamine illato querela est movenda, ne res judicata obstet. WERNHER *P. 1. Obs. 337.* add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 36. §. 4.*

XIV.

De singulis autem quantitatibus, expensarum nomine consignatis, liquidans judici fidem faciat, necesse est. Quem in finem ad folia, vel numeros Actorum, ubi exhibita aut positiones extant, provo-

provocat, quæ judici jam ſolvit, vel aliam ob cauſam jam erogavit, quitantiis & apochis corroborat. Quæ cum ita ſint, facile patet, partem adverſam ut, quæ monenda habeat, proferet, poſſit audiendam, terminumque ideo a judice præfigendum eſſe. * Ubi certe non abs re erit, ut contra contumacem judex decernat peculiare præjudicium, ne in longius litem protrahat. **

* Et quidem *zur Einlaſſung auf die Liquidation.* Quod generale eſt, ſi ſuper quanto damnorum, expenſarum, vel ejus, quod intereſt, lis oriatur, quo ex reſponſione citati conſtet, quid probatione indigeat. Idem confirmat ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 36. §. 4. ſq.* Sed recte hanc peculiarem præfigendi terminum neceſſitatem reſtringit ad caſum reſtituendarum expenſarum totius proceſſus. Cum certe, ubi unius alteriusve termini expenſæ ſolum reſtituendæ ſunt, his ambagibus non ſit opus, ſed res faciliori via per judicis æſtimationem expediri poſſit.

** Verb. grat. pœnam confeſſi & convicti, vel, quod rei magis convenit, pœnam liquidi. In Saxonia Electorali, ſi de expenſis ſermo ſit, judex citationi ſtatim inſerere debet comminationem, *daß bey unterbliebener Erſcheinung oder nicht beſchehener Einlaſſung nichts deſtoweniger ex officio darauf erkannt werden ſolle.*

XV.

Jam, ubi capita, quæ executioni moram injiciebant, a contradictione ſunt

liberata,

liberata, nec tamen victus sponte sua judicatis paret, judex, eo nomino denuo implorandus, * praeceptum executivum refractario insinuandum curat, & novum spatium, intra quod satisfaciat sententiae, simul concedit, constitutionem liquidi ** & executionem minatur, *** si admonitus spatium labi patiatur.

* Consultum vero est, & naturae rei conveniens, ut pars victrix specificationem ejus, quod solvendum est, cum imploratione exhibeat, eamque simul transmitti curet victo, quo partim hic de pecunia conquirenda sollicitus esse, partim dispicere possit, anne quid insit liquidationi, ad cujus solutionem non est obligatus.

** Huic vel ideo judex occasionem subministrat, ne condemnatum defensionibus suis privet, si quas habeat adhuc adducendas. Sunt enim exceptiones, quae executionem etiam impediunt. Sed jam alibi dixi, immerito huc referri eas, quae actorem non constituunt in dolo, maxime, cum secundum RECESSUM IMPER. *de anno 1654.* omnes exceptiones peremtoriae sub poena praeclusi statim post Litis Contestationem sint opponendae. Merito igitur Elector Saxo id privilegium exceptionibus solum solutionis, compensationis & rei judicatae tribuit in ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 39.* §. *6.* quibus tamen addo exceptionem retentionis ob expensas in rem restituendam factas, quas jure obligationis quis facere non debebat. WERNHER. *P. 1. Obs. 287.* nec non exceptionem spolii, CARPZOV. *P. 1. Const. 6. def. 4.* modo tamen de jure Saxonico Electorali spolium post Litis Contestationem supervenerit.

Verum

Verum ut naturale est, ne liquidum sub prætextu illiquidi remoretur, ita & has exceptiones in continenti probari posse, merito desidero, alias enim rectius separata actione deducendæ erunt. Ita etiam habet ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* add. tamen de jure retentionis, quæ tradit WERNHER *all. loc.* Insuper & hoc certissimum est, eas exceptiones antea jam oppositas, vel desertas tamen vel rejectas, non executionem solum nunquam impedire, sed ne separata quidem actione petitionem earum concedi. MENCKEN *Tract. Synopt. Proc. Tit. 39. §. 24. sqq.* WERNHER. *P. 7. Obs. 28.*

*** In Saxonia Electorali spatium 14. dierum conceditur. ORD. PROC. REC. *Tit. 39. §. 5.*

XVI.

Spatio igitur elapso, regulariter in certo termino, eventualiter præstituto, pars victrix de eo sollicita est, ut judicis declarationem super liquido & hujus approbationem impetret, * hac impetrata, eum de peragenda executione iterata vice admoneat, & peculiare objectum, in quod executio fiat, determinet. **

* Hoc judex vel ideo denegare nequit, quia alias, nisi omnia auctoritate ejus liquida declarata sint, executio fieri nequit. Ne igitur vel judici super liquido nova oriatur dubitandi occasio, sedulo alloboret pars victrix, & omne dubium tollat. Judicis enim salvum est arbitrium, ea, quæ plus petuntur, diminuendi, liquida ab illiquidis separandi. Quod si faciat, executio interim super

U liquido

* Aliter in Saxonia Electorali. Nam ORDIN. PROC. SAX. RECON. *Tit. 39.* §. 7. creditoris mero arbitrio relinquit, quanam in re debitoris executionem fieri velit, hoc tamen adhibito temperamento, ne executio ob debitum exiguum fiat in re magni pretii, si aliae adsint, ex quibus creditori satis fieri possit.

** Hoc etiam confirmat ORDIN. PROC. SAXON. VET. *Tit. 39.* §. 6. add. MENCKEN. *Tract. Synoptic. Proc. Tit. 39. §. 44.* Plane singulare est, quod leges civiles, executionem fieri posse in militum stipendia, negent *L. 4. C. de execut. rei jud.* quod ad aliorum officialium stipendia applicant BRUNNEMANN *ad d. L. n. 3.* LEYSER *Spec. 476. med. 3. sq.* In clericorum tamen stipendia & beneficia executionem fieri posse, modo salva habeant alimenta, tradit IDEM *d. spec. med. 5. sq.*

XVIII.

Generatim tamen necesse est, ut executio fiat in bona debitoris propria. Quare merito excipiuntur illa, quae debitor non suo, sed alieno nomine possidet. * Ne tamen ususfructus, qui debitori in bonis alienis competit, objectum executionis sit, nil obstat, modo tertii jus non laedatur, cujus interest, ne ususfructus debitori in totum intercipiatur. **

* Consultum tamen est, ut jure interventionis dominus rem suam conservare studeat, antequam publice veneat, ne postea cum fisco agere & aestimatione rei contentus esse debeat.

** Sic, quia v. c. maritus bonis paraphernalibus

uxoris, pater bonis adventitiis liberorum utitur fruitur, adjecto onere præstandi alimenta, merito his prospiciendum est, ne egeant. Imo *L. 6. de Cession. bonor.* generatim vetat, ne debitori obærato auferatur ususfructus concessus vel legatus, & e contrario disponit, ut ex eo tantum percipiat, quantum ei alimentorum nomine satis est.

XIX.

In mobilia bona speciatim executio ita peragitur, ut illa debitori auferantur, ab arte peritis iisque juratis æstimentur, * & paulisper in judicio asserventur.** In bona vero immobilia ita fit executio, ut creditor cum personis judicialibus in rem præsentem eat, ibique traditionem rei plerumque per symbolum *** a judice expectet. Super ipso vero actu protocollum conficiat actuarius, & symbolum actis simul inserat, vel in judicio custodiri curet. ****

* Potest quidem ipse executor, si valor rei sit indubius, pretium exprimere. Sed consultius semper est, artis adhibere peritos, qui fidem, quod ad pretia rerum attinet, vel ingenere vel in specie jurarunt. Ipsam æstimationem esculentorum & potulentorum *nach dem Marckt - Preiß, reliquarum rerum nach dem Mittel Preiß* fieri æquum est. BERLICH. *P. 1. Concl. 81. n. 9.*

** Ita etiam habet ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 39. §. 8.*

*** Quod cum ipsa re creditori tradenda plerumque habet aliquam connexionem, quia rem repræsen-

præſentat. Hunc ritum vero ab inſtitutis majorum, qui bona immobilia regulariter interveniente Symbolo in alium transferebant, derivandum eſſe, docui in *Diſſ. de tradit. Symbolica.*
**** Non tamen, quod obiter moneo, easdem ſolennitates ubique ſervant, ſed judex ſolo decreto, ſuper petita executione lato, eandem quaſi peractam approbat, & creditori ſuccurrit.

XX.

Hoc autem facto creditori jus reale pignoris cenſetur conſtitutum, * vi cujus non omnibus ſolum, qui pignus antea privatum in iſtis rebus habebant conſtitutum, ſed & iis, qui poſtea demum publicum pignus conſequuntur, præfertur. ** Indeque eſt, quod creditori, quo de tempore pignoris conſtet, judex ſpeciale de peracta executione, maxime in immobilibus, exhibere ſoleat teſtimonium. ***

* *L. 10. D. & L. 2. & 3. C. qui potiores in pignore* ORDIN. PROC. SAXON. *Tit. 39. §. 9. & 10.* Cumque omni executioni traditio quædam judicialis inſit, perinde eſt, an vere an ficte ſit peracta. Ne igitur, qui forſan jam pignora habent conſtituta, vel jus firmius credunt ſibi competere, damnum incurrant, ſolent plerumque pro conſervando jure ſuo intervenire, & executioni moram injicere. Simplicem tamen proteſtationem executionem non impedire, docet LEYSER *Spec. 476. med. 9.*
** Quia igitur creditor, non dominium, ſed jus pignoris

ris solum per executionem acquirit, res ipsæ, si post peractam executionem pereant, non creditori, sed debitori pereunt WERNHER *P.4. Obs. 70.*

*** Et in Saxonia Electorali actum executionis peractum in Libro consensus, super constitutione hypothecæ dari soliti, consignari curat, quod inde est, quia judices in Saxonia, ubi hypothecæ citra consensum eorum non valent, peculiarem librum ad manus habere debent, in quo de dato consensu plenum scribant testimonium.

XXI.

Interim debitori facultas conceditur, ut sumtuum evitandorum causa * actualem executionem impedire, seque, quod eam pro facta habere velit, ad acta declarare possit. ** Hoc ipso enim creditor idem jus pignoris consequitur, quod ex actuali executione sperabat. ***

* Cessat enim tum pecunia judici pro executionis actu solvenda, *das Hülffs-Geld.* Cessant etiam sportulæ judiciales, actuario & scabinis præstandæ.

** Hanc solam declarationem sufficere statuit ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 47. §. unic.* & præterea neque inter scriptam & ore nuncupatam declarationem distinguit, neque judicis vel creditoris consensum requirit. Ubi lex clara non adest, putarem ego, consultius esse, ut ne creditor in tali declaratione subsistat. Cum enim fingatur solum, executionem esse factam, hanc veræ, si creditores diversi generis concurrant, cedere, analogiæ juris haut repugnat. add.

LEYSER.

LEYSER. *Spec. 444. med. 4.* cujus tamen opinionem, quatenus ſymbolicam traditionem fictis annumerat, meam non facio. Quapropter id agat creditor, ut debitor ſigillatim & nominetenus jus pignoris conſtituat, & judex conſentiat.

*** Eundem effectum executioni a judice approbatæ quidem, ſed ob reſiſtentiam debitoris non peractæ tribuit LEYSER *Spec. 476. med. 11.* add. BERGER. *Oec. Jur. p. 1150.* WERNHER *P. 11. Enunc. 37.* Quod & ad eum caſum, ſi debitori judex citra creditoris conſenſum ulteriorem dilationem conceſſerit, extendit MENCKE *Tract. Synopt. Proc. Tit. 39. §. 55.*

XXII.

Quod jam ſigillatim attinet ad executionem, in nomina debitoris activa peragendam, res ipſa docet, debitori debitoris per judicem eſſe denunciandum, ne creditori ſuo ſolvat, ſed tempore ſolutionis debitum judici offerat. * Quod, quo meliorem habeat ſucceſſum, monitorio efficiendum eſt, cui judex addit comminationem, fore, ut ſi creditori ſuo ſolvat debitor, liberationis effectu vix gaudeat, imo potius de omni damno reſpondeat. **

* Ante tempus enim ſolutioni deſtinatum debitoris debitorem cogi non poſſe, ut ſolvat, per ſe patet. Dum vero ſolvit judicialiter, plena liberatio, ut ipſi contingat, & per apocham judicis idem ſecurus præſtetur, æquitas jubet. Quod, cum vix fieri poſſit, ſi ex cambio debeat, ipſa OR-

DIN. PROC. SAXON. REC. *Tit. 39. §. 20.* debitorem a depoſitione immunem præſtat, quatenus illi literæ cambiales reſtitui nequeunt, vel facta ſolutio iis inſcribi non poteſt.

** Quod tamen ita intelligi nolo, tanquam debitor, cui judex ſolutionem privatam interdixit absque comminatione, nihiloſecius creditori ſuo cum effectu liberationis ſolvere poſſit, cum potius ob denegatum judici obſequium actio de damno reſarciendo contra eum procul dubio locum habeat, quod & in Saxonia Electorali vſu venit. KRAVS. *Tract. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 6. Sect. 4. §. 33.* Sed ea ſolum mens eſt, ut judex ejusmodi comminatione omnem debitoris debitori præſcindat occaſionem, judicium eludendi. Plane, ſi debitoris debitor ſub alio judice degat, hunc de emittendo præcepto de non ſolvendo eſſe requirendum, rationis eſt. *d.* ORD. PROC. RECOGN. *d. l.*

XXIII.

Jam quidem, ſi per nomen debitoris activum ſatis ſit creditori, ulteriori ambage non opus eſt. Res vero debitoris, in quibus creditori adhuc jus pignoris eſt conceſſum, niſi debitor ipſe, intra ſtatuta a lege vel a judice tempora, easdem a nexu pignoris per actualem præſtationem ejus, quod debet, liberet, alienandæ ſunt omnino, ut ex prétio earum creditor ſuum conſequatur. Sigillatim res mobiles vel creditori volenti in

ti in solutum dantur, vel, si nolit, publica auctionis lege venduntur. **

* Mobilium intuitu debitori spatium 14. dierum concedit ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 8.* Ad immobilium alienationem progredi jubet, si creditor instet intra spatium 4. septimanarum a tempore peractae executionis.

** Haec ideo adhibenda, ut debitori omnis, de vilitate pretii, & de aestimatione minus aequa conquerendi, praescindatur occasio. Publica igitur auctionem praecedere debet denunciatio & ad licitandum invitatio, certo simul termino praefixo, in quo plus licitantibus res adjudicentur. Publica etiam vel juramento speciali obstricta persona actum auctionis dirigere debet, quo fraus omnis eo melius evitetur. Demum, ut ad sit consignatio rerum vendendarum, earumque pretium, a peritis rerum aestimatoribus determinatum, ad notitiam aliorum perveniat, omnino curare debet judex. In Saxonia Elect. istam consignationem in loco publico per intervallum trium septimanarum affigere, & proclamata intra istud spatium trina vice per apparitores in loco publico repetenda accedere, solent. Si magni momenti sint res vendendae, typis easdem consignare, & per novellas terminum auctionis denunciare permittit ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 9.*

XXIV.

Quod ad res immobiles attinet, interest, utrum executio peracta sit cum immissione creditoris, * an diviso actu primo executio, deinde immissio fiat. Posteriori enim in casu post executionem

novum debitori conceditur ſpatium, ** intra quod res a juris realis vinculo liberet, & hoc elapſo, ad immiſſionem progreditur judex, atque creditorem ſimul in poſſeſſionem rei mittit. *** Poſtea, ſi ulterior mora debitoris accedit, venditionem rerum decernit, cum priori in caſu unum ſolum debitori indulgeatur ſpatium inter executionem & alienationem medium.

* Hoc fit jure non ſolum Communi, ſed etiam Jure Saxonico Electorali vi ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 39. §. 10.*

** Idque in Saxonia Communi integrum ſpatium Saxonicum continet. De quo concedendo creditor, peracta executione, judicem implorare, atque citationem debitori inſinuandam impetrare ſolet.

*** Actualiter plerumque prævia debitoris exmiſſione, quamvis nil obſtet, ne debitor & hanc factam per declarationem verbalem agnoſcat. Creditor autem conſequitur hoc ipſo jus percipiendi fructus vi bonæ fidei poſſeſſionis, illosque ſuos facit, & in creditum imputat. *L. 2. C. qui potior. in pignor. L. 2. C. de acquir. & retinenda poſſeſſ.* Sed cum vel res ipſa doceat, creditorem jam debitori ex capite adminiſtrationis reſpondere, & rationes reddere, culpamque levem præſtare debere, vix illi auctor ero ſuaſorque, ut hoc onus in ſe transferat. Si tamen ex re ſua ducat, ut ex fructibus ſibi ſatisfiat, ſequeſtrum potius conſtitui curet publica auctoritate. Imo prudens ubique adhibendum eſt arbitrium a creditore,

tore, anne majorem utilitatem afferat alienatio, quam jus bonæ fidei possessionis.

XXV.

Alienatio immobilium peragitur subhastatione, quæ est venditio * publica, eum in finem facta, ut plus licitanti res cedat. ** Quo vero ad omnium notitiam perferatur subhastatio, *** nec desit occasio, sese informandi de qualitatibus, & pertinentiis ac oneribus rei vendendæ, judex prius peculiarem conficere studet consignationem, & æstimari curat principale cum accessoriis, **** postea programma subhastationis in publico loco affigit, ***** & duo alia exempla, ad judices vicinos, vel in eadem, vel in alia provincia, magistratum gerentes, eo fine mittit, ut pari ratione ex loco publico instantem venditionem incolis denuncient. ******

* Merito igitur, si a solennitatibus, quæ ad subhastationem accedere debent, discesseris, ejusdem naturæ est subhastatio, quam venditio privata habet. Et quæ de hac dicuntur, recte ad illam applicantur. *L. 3. C. si propter pensitat. public.* Sigillatim dubium non est, quin, qui rem sub hasta emit, etiam fructus tempore emtionis pendentes, simul emerit, etiamsi neque in programmate, neque in adjudicatione eorum mentio sit facta, ob *L. 44. de Rei vind. & L. 13. C. de action. emt.* Indeque etiam est, quod in Saxo-

in Saxonia Electorali pertinentiæ, sub alio judice sitæ, simul venditæ censeantur, modo judex, qui actum subhastationis dirigit, judicis rei sitæ consensum imploraverit, quippe qui eum denegare non potest. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 39.*

** In omni igitur subhastatione subintelligitur vel tacite pactum addictionis in diem *L. 4. C. de fid. & jur. hast. publ. L. 1. C. de vendit. rer. civit.* WERNHER. *P. 10. Obs. 353.* Unde merito vapulat Praxis, quæ meliori conditione oblata priorem emtorem statim liberat. Certe convenit *L. 9. D. de addict. in diem*, ut prior emtor tamdiu in nexu maneat, donec posterior venditio perfecta sit. Cæterum in subhastationibus potior habetur creditor, si cum extraneo concurrat, & ex pluribus creditoribus ille, cui major summa debetur, reliquis præfertur. *L. 16. de reb. auctor. judic. possid. L. 2. C. si in caus. judic.* LEYSER. *Spec. 477. med. 5. sq.* Id etiam procul dubio tacitæ illi addictioni in diem originem debet, quod alicubi primo licitanti concedant jus sese offerendi ad idem, si ab alio superatus sit. Quod quidem sustulit ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 39. §. 16.* ob gravissimas lites inde oriundas. Ubi tamen adhuc viget, ille demum jure primi liciti fruitur, qui, peracta proclamatione, de qua infra, licitat. Nec enim reditum & relationem nuntii de proclamatione expectare debet. BERGER *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 29. §. 3. not. 7.* WERNHER. *P. 5. Obs. 4.*

*** Publica denunciatio vel ideo necessaria visa est, quia partim debitoris intererat, ut pinguem res sua veniret emtorem, verumque per subhastationem & ad licitandum invitationem erueretur pretium, partim emtori consulendum erat, ut intuitu

tuitu rei, quam fide publica interposita compararet, plenam omnino consequeretur securitatem, & ideo ex publico loco edocerentur illi, qui quacunque ratione sibi eam rem obligatam crederent, fore, ut post subhastationem jus ipsum in irritum caderet. Omni enim subhastationi necessariæ inest comminatio perpetui silentii & præclusi.

**** Quare & emolumentorum & onerum realium tam publicorum, quam privatorum, quæ prædio perpetuo inhærent, debet habere rationem. Ut tamen dicam, quod res est, onera quidem indicare fas est, cæterum consignatio pertinentiarum & taxatio non ad esse, sed ad bene esse solum spectare videtur, & informandi solum emtoris causa suscipitur. Quare nec judex, nec concursus, eo nomine evictionem præstat. add. *d.* ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 39.* Imo, deficiente lege, quæ taxationem ante subhastationem expediri jubet, circumspectius agi puto, si subhastatio præcedat. Rationem reddit CARPZOV *in Proc. Tit. 25. art. 4. n. 25.* Plane tum æstimatio videtur necessaria, si res emtorem non inveniat, & ideo eadem creditori in solutum sit danda.

***** Non opus itaque est, ut judex de creditoris præscitu sollicitus sit, vel illi sigillatim subhastationem denunciet. Debitori autem judex subhastationem, antequam ad eam progrediatur, denunciare omnino debet. Et hoc omisso, ipse actus nullitate laborat, ita quidem, ut & creditores ex persona debitoris eam urgere possint. WERNHER *P. 3. Obs. 59. & 132.*

****** Ipsum quidem programma subhastationis necessarium judicat Elector Saxo in ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 39. §. 12.* utque idem in loco publico affiga-

affigatur, disponit. Transmissionis vero ejus ad alios magistratus necessitatem ad casum solum restringere videtur, si bona feudalia veneant, vid. d. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 39.* §. *31.* Caeterum judicis arbitrium non excludit, imo, si bona vendenda sint magni momenti, subhastationis terminum novellis inseri jubet. *ibid.* §. *12.* Praeterea sancivit, ut apparitores in urbibus, per tres quaterdenas trina vice bona venire, publice significent, ruri ipsum programma subhastationis triplici vice, finitis sacris, vel alias in loco, ubi multitudo coire solet, praelegant.

XXVI.

Terminum certum, * in quo licitatores ad judicium veniant, atque se invicem superent, in programmate subhastationis simul exprimere, majorem utilitatem spondet, ** quam spatium determinare, intra quod licita exhibeant emtores. Vbi vero posterius usu venit, praecedere solet subhastatio generalis, *** qua res publice per intervallum continuum **** exponitur in genere, dein invento licitatore ad specialem subhastationem proceditur, ***** toties repetendam, quoties majus pretium offertur. ******

* Id hodie in Saxonia Electorali vi ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 39.* §. *12.* usu venit, ipsumque subhastationis programma minimum per intervallum octo septimanarum publice affixum pendere debet, & specialis subhastatio plane cessat *ibid.*

ibid. §. *14.* Licet vero permittat Legislator, ut quis currente ſpatio judici pretium vel palam, vel clam offerre poſſit, neceſſe tamen eſt, ut cum reliquis licitatoribus compareat in termino. In quo judex poſt auditam horam X. licitum, quod reliqua ſuperat, per apparitorem publice denunciari, & hanc denunciationem audita hora XI. repeti curat, poſtea, ſimulac hora XII. audita eſt, ex licitatoribus, qui omnes pretium jam palam obtulerunt, illi, qui reliquos omnes ſuperavit, prædium eum emiſſe, dominumque ejus factum eſſe, declarat, *ibid.* §. *15.*

** Partim enim ſumtus evitantur, partim probabile eſt, fore, ut æmulatio animum licitatoribus præſentibus addat.

*** Hanc enim ſemper præcedere debere, ſimpliciter quidem, & citra pretii determinationem, nec citra pœnam nullitatis omitti poſſe, docet CARPZOV *P. I. Conſt. 32. def. 37.* IDEM *Deciſ. 272.* BERGER *El. Diſc. Forenſ. p. 1119.*

**** Quod in Saxonia Communi tres quaterdenas complectitur. Continuum eſt; interventu diei feriati non interrumpitur, & ſi finis in diem feriatum incidat, ipſam ſubhaſtationem vitiat. WERNHER *P. I. Obſ. 80. 81. & 154.*

***** Simulac itaque emtor ſe offert, ac licitatur, ſubhaſtatio generalis ſtatim ſiſtitur, & judex ad ſpecialem progreditur, remque, addito licito, venum denuo exponit. WERNHER *P. 6. Obſ. 397.* Cæterum generalis & ſpecialis ratione objecti ex aſſe conveniat, omnino eſt neceſſe, alias tota ſubhaſtatio nullitatis vitio laborat. IDEM *P. I. Obſ. 187. P. 6. Obſ. 443.*

****** Niſi forſan lex provincialis ad ſtata tempora actum ſubhaſtationis alliget.

XXVII.

Ut autem, si emtor haut adsit, judex, prævia taxatione æqua & justa, * creditori rem recte in solutum dat. ** Ita e contrario, subhastatione feliciter finita, rem judex plus licitanti, *** qui in termino peculiari, eo nomine sigillatim præfigendo, **** cum sacco paratus est, ***** adjudicat, addicit & tradit, eo effectu, ut eum statim securum præstet contra omnes illos, quibus forsan olim jus in re emta competiit. ******

* Facile igitur patet, & creditorem & debitorem super taxa esse audiendum, aliamque magis æquam & justam æstimationem eosdem urgere posse. Verum, lite secundum arbitrium boni viri composita, nisi vel ipse creditor suis sumtibus denuo rem venum publice exponendam velit, invitus omnino in solutum rem accipere debet.

** Eadem ratione, si unus tantum licitetur, sive creditor, sive extraneus, ut judex cum illo de æquo & justo pretio conveniat, statuit ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 19.*

*** Qui unice æstimatur ex meliori conditione oblata. Nec ideo opus est, ut simpliciter paratam pecuniam offerat, sed pretii etiam solutio ad certos, eosque distinctos, terminos, *auf Tage Zeiten*, admittitur, modo plus illi insit, si interusurium spectes, quam præsenti minoris quantitatis solutione. add. ORD. PROC. SAXON. VET. *Tit. 39. §. 14.*

**** Qui terminus optimo consilio introductus est, ut nimi-

ut nimirum ipse licitator, qui adhuc, an ab aliis vinceretur, dubius hærebat, pecuniam conquirere possit. Igitur hoc in termino judex pecuniam poscit, & rei dominium per adjudicationem, (quæ in Saxonia etiam absque renunciatione debitoris prævia vi ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 39. §. 18.* peragitur) transfert, ac, si pertinentiæ sub alio judice sitæ, eum de adjudicatione peragenda requirit. Interim cum jam subhastatione peracta perfecta sit venditio, periculum & commodum rei a tempore finitæ subhastationis est penes emtorem, nec ideo permittitur judici, ut postea, licet adjudicatio nondum facta, novum emtorem admittat. LEYSER. *Spec. 477. med. 1. sq.*

***** Ne igitur spem solutionis licitator fallat, judex in Saxonia Elector. cautionem ab eo exigit realem. Quo nomine vel decimam partem pretii exsolvere, vel in hanc summam fidejussores aut pignora offerre debet. d. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 39. §. 16.* Sin postea in termino adjudicationis, vel si fides habita de pretio, justo tempore non solvat, cautio ipsa, & quicquid antea jam præstitit, in commissum cadit, ipsumque jus ex subhastatione quæsitum expirat. *ibid. §. 17.* Alibi de omni damno respondet licitator, sed præstaret, eo nomine ubique cautionem exigere.

****** Urget enim ratio fidei publicæ, ne, qui cum fisco contrahit, de ista re lites novas metuere debeat. Quare fundus optimus maximus ipsi præstandus, omnique modo eo allaborandum est, ut subhastatio legitime fiat, quo effectum sortiatur. Et hic in eo consistit, ut extinguantur hypothecæ *L. 6. & 8. C. de remiss. pignor.* expiret jus retentionis PHILIPPI *de subhastat. cap. 4.*

 comm.

comm. 18. n. 11. 12. BERGER *El. Disc. Forens. p. 1200.* onera tamen rei perpetuo inhærentia, quæque pro possessione ejus debentur, in possessorem omnino transeunt, add. LEYSER *Spec. 236. per tot.*

XXVIII.

Licet vero subhastatione finita omnes, quibus res olim obligata erat, præclusi sint, ipsi tamen debitori,* in terris, quæ Jure Saxonico utuntur, ** ut rem suam sub hasta venditam retrahere, jureque reluendi uti possit, *** permittitur eo in casu, si plures ipsa res, qui eandem sub hasta emerent, non invenerit emtores, ideoque justo viliori pretio vendita fuerit. **** Spatium huic juri reluendi præstitutum variat. *****

* Ejusque liberis, si patris heredes facti sint. BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 1216.* non extraneis heredibus. Nec, quia est jus singulare, tertio cedi potest.

** In jure Civili hoc jus fundamentum non habet, vid *L. 1. & ult. C. si propt. publ. pensit. L. 5. C. de fid. & jur. hast. fisc.* MEVIUS *P. 1. Decis. 22.* Jure Saxonico locum habet vi *Decis. El. 2.* ORDIN. PROC. VET. *Tit. 39. §. 13.*

*** Ita quidem, ut vel ipse retrahat, vel pinguiorem emtorem offerat. Salvum tamen licitatori manet jus protimiseos in posteriori casu. Interim possessor fructus perceptos suos facit, & meliorationes reposcit. KEYSER *Anweisung zum Hülfs-Process. cap. 7.* Sufficit etiam oblatio intra

tempus

tempus legitimum facta a reluente, quamvis solutio non accesserit, BERGER *d. l. p. 1223. sqq.* Verum his derogavit ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 39.* §. *19.* & debitori oblationem realem injungit, creditori, qui jus protimiseos exercere novult, jus reposcendi meliorationes denegat.

**** Olim hunc solum casum cogitabant Saxones, si, nullo extraneo licitatore præsente, creditor solus ad licitandum admissus, vel ipsi prædium absque licitatione æstimato traditum esset. Ergo eo in casu, ubi extraneus interveniente licito rem emerat, BERGER. *P. 2. Resp. 133.* CARPZOV. PROC. *Tit. 25. art. 5. n. 14.* WERNHER *P. 8. Obs. 291.* vel ubi creditori plus extraneo licitanti fundus adjudicatus erat, CARPZOV. *P.3.Const.31. def.52.* BERGER. *Suppl. T.1.p.399.* WERNHER *P. 1. Obs. 281.* jus reluendi denegabant. E contrario ORD. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* duplicem potius casum admittit, 1) si unus solum licitator, sive creditor, sive extraneus, adfuerit, 2) si creditori non licitanti fundus adjudicatus sit.

***** Olim annus civilis præscriptus erat a die finitæ subhastationis computandus. *Dd. alleg. Jam.* ORD. PROC. RECOGN. *d. loc.* ad spatium sex mensium jus reluendi restringit.

XXIX.

Quæ dicta sunt de subhastatione, suo modo ad feudalia etiam vasalli obærati bona sunt applicanda. Id tamen singulare est, quod feudum venire non possit, nisi ob debita feudalia, vel ex legis dispositione in substantia feudi radicata, vel consensu domini directi contracta.

tracta. Ob reliqua debita executio solum in fructus feudi fieri potest hujusque inventarium. In subsidium tamen, si semel feudum ob debita feudalia publice venditum sit, ex pretio inde redacto debitoribus allodialibus inde satisfit Jure Communi. **

* HOFMANN *Diss. de jure separandi allodium a feudo*, ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit.* 40. §. 1.

** Secus Jure Saxon. Electorali. Nam d. ORDIN. PROC. *d. l.* §. 3. disponit, ut residuum pretii, postquam debita feudalia exsoluta sunt, iterum convertatur in feudum, vel in emtionem feudi impendatur. Hoc tamen fallit, 1) si feudum ita concessum, ut Vasallus pro lubitu de eo disponere possit, 2) si Vasallus cum simultanee investitis de quantitate feudali, quam salvam habeant, *Lehn Stamm*, convenerit.

SECT. II.

DE

ACCIDENTALIBVS PROCESSVS

CAPVT I.

DE

REMEDIIS SVSPENSIVIS ET DEVOLVTIVIS IN GENERE.

I.

DE iis, quæ ad substantiam processus pertinent, hucusque satis. Sunt autem & accidentalia quædam,

dam, quæ in causarum controversarum disceptatione aliquando, non semper, occurrunt, atque vel processus ordinem rumpunt, vel finem minimum litis procrastinant.

II.

Ad ea, quæ processum in longius extendunt, procul dubio pertinent remedia, quibus ille, qui per sententiam, vel alia ratione, a judice sese gravatum, existimat, intendit, ut gravamen e medio tollat, & causæ repetitam ac ulteriorem cognitionem eo nomine provocet.

III.

Cui instituto leges ita assistunt, ut vel novam cognitionem judici, coram quo causa adhuc ventilata est, relinquant, * vel illi necessitatem imponant, decisionem super querela gravaminis illati a judice superiore expectandi, eum in finem acta huic exhibendi, &, donec de justitia querelæ constiterit, ab ulteriori cognitione abstinendi. Illa remedia suspensiva, hæc devolutiva dicuntur.

* Minus recte igitur, peculiarem & novam hæc remedia producere instantiam, aliqui dicunt, cum idem maneat judicium, ipseque judex causæ super admissione remedii cognoscere possit, nova instantia autem novum judicium prærequirat, ut

 sic fere

ſic fere ſolum appellationis remedium ſecundam & novam inſtantiam operetur. Cæterum, quando judex rejicit remedium, hanc rejectionem legitime ad notitiam gravati perferat, vel ideo neceſſe eſt, quo hic ſtatuere poſſit, an cedere, an alio remedio contra hoc novum gravamen uti velit. Imo, ſi dubia res ſit, an judex remedium recipere poſſit, nec ne, non errat idem, ſi actorum tranſmiſſionem ſuper admiſſibilitate remedii, vel ex officio, vel imploratus, eo nomine decernat ſumtibus ejus, qui remedio utitur.

IV.

Facile tamen patet, non prioribus ſolum, ſed & poſterioribus effectum ſuſpenſivum ineſſe, omniaque & ſingula eundem finem habere, * ne nimirum vel præjudicio ſit ſententia gravans, ſilentio litigantis approbata, & in rem judicatam tranſeat, eo ipſo vero jus inter partes faciat, vel alia ratione factum judicis legibus haut conforme noceat.

* Vix enim dantur remedia per ſe ita comparata, ut effectu ſolum devolutivo gaudeant, ſi a remedio Supplicationis & Reviſionis, quatenus in Imperii judiciis ſupremis uſu veniunt, diſceſſeris. Per accidens vero aliquando fit, ut remedium devolutivum effectu ſuſpenſivo privetur. Caſus infra videbimus.

V.

Verum itaque & præſens, vel certo minimum imminens, gravamen * illi ſit illatum,

illatum, requiritur, qui remediis utitur. Quod cum per sententiam tantum, ** non vero per interlocutionem sive simplex decretum, *** fieri possit, per se constat, minus recte posteriori in casu remedia suspensiva applicari. ****

* Ergo futurum gravamen, quod certo prævidere possumus, non excluditur. MEVIUS *P. 1. Decis. 64.* Quamvis, si verum fateri velimus, tale gravamen proprie futurum dici non potest, quia jam imminet. Hoc proprie futurum est, quod ex pronunciato judicis nondum imminet.

** Definitivam æque ac interlocutoriam prævia causæ cognitione latam. *c. 12. 54. 61. X. de appellat. Clement. 5. Eod.* Hoc enim sufficit, gravamen adesse, quod damnum irreparabile affert. Conf. BÖHMER. *Jur. Eccl. Protest. Lib. 2. tit. 28. §. 7. sqq.* add. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 35. §. 1.* Sententia tamen in vere contumacem lata hunc tanquam indignum a remediis & beneficiis juris excludit. HORN. *Diss. de contumace non appellante*, BÖHMER *Diss. de contumacia non respondentis.* Qualiscunque autem sit contumacia, sive non comparendo, sive non respondendo commissa, perinde est, modo vera sit, & per sententiam, quæ vires rei judicatæ obtinuit, approbata. Præsumtiva huc non pertinet, *L. fin. §. 1. D. de appellat.* & justa causa tempestive prolata omnino excusat *L. 23. §. fin. Eod.* Quemadmodum vero judex, in casibus permissis etiam, si temeritas litigandi appareat, vel plane rejicere remedium debeat, vel non nisi præstito jurejurando calumniæ admittere; ita e contrario in casibus prohibitis ea ne recipere quidem

dem poteſt. Sic regulariter exulant in poſſeſſorio ſummariſſimo. Idem de proceſſu inhibitivo diſponit ORDIN. PROC. SAXON. RECON. *Additam.* §. 22. Nec ea admittit contra ſententias, quæ errorem ex Actis mox corrigendum in verbis, nominibus, numeris, foliis, committunt ORD. REC. *Tit.* 35. §. 2. item nec contra eas, quæ probationem injungunt d. ORD. *Tit.* 20. §. 2. alia exempla vid. in *d.* ORDIN. *Tit.* 20. §. 8. *Tit.* 33. §. 1. *Tit.* 41. §. 5.

*** Hoc enim ordinat ſolum proceſſum, & dirigit, partibusque, quid pro ſitu cauſæ præſente expediendum ſit, injungit. Et ſic judex ſolum officium ſuum petenti impertit, nec alteram partem audit, atque ideo tale decretum jus inter partes non facit.

**** Imo ne opus quidem habet gravatus provocatione ad ſuperiorem, ſed rectius, ſi judex officio deſit, beneficia juris deneget, contra formam proceſſus agat, litem protrahat, querelam ſolum ad ſuperiorem deferet, utque hic judici, quid partium ſuarum ſit, in memoriam revocet, rogat. Nec enim hæc omnia fraudi ſunt parti, quia judex re ipſa nulliter agit.

VI.

Ceſſante igitur gravamine, * judex remediis ſuſpenſivis merito locum denegat. Sin dubia & ambigua res ſit, & ſententia in utramque partem interpretari poſſit, pars, quæ ſibi nocere ſententiam putat, ad remedia, prius non progreditur, quam ex declaratione, ** a judice

a judice eo nomine implorato data, *** rescivit, gravamen imminere. ****

* Optandum igitur esset, ne judices nimium indulgerent remediis contra sententias, quae errorem solum scribentis continent, qui ex Actis clare elucet, sed ut potius vel ex officio eum corrigerent, vel eo nomine acta statim ad Collegium Juridicum, quod sententiam conscripsit, transmitterent. add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 35. §. 2.*

** Ante hanc declarationem enim fingit solum gravamen, dum adhuc nescit, quae sit mens judicis. Nec tamen opus est remedio, quo usque non constat de gravamine, quod causam constituit remedii *c. 59. X. de appellat.*

*** Quis judex sententiam ambiguam declarare debeat, inter Doctores non convenit. Quemcunque judicem, WERNHERVS *Compend. Jur. Lib. 4. tit. 26.* §. 3. & sic alium etiam, qui sententiam non concepit, putat, id facere posse, cum declaratio ex ipsismet actis fieri debeat. Verum, cum vix semper, quae tertii mens fuerit, & intentio, tertius divinare possit, consultius ego duco, ut declaratio petatur ab eo, qui sententiam tulit. MEVIVS. *P. 1. Decis. 110.* BRVNNEMANN *ad L. 4. D. de appellat. n. 9.* Interim declarationem ipsam aliquid novi continere non posse, nec demere quicquam, nec addere, sed unice explicare debere, quae obscura videntur vel ambigua, per se patet. Igitur super omissis non declarationem petendam, sed gravamen per remedia legitima deducendum esse, recte monet LVDOVICI *Proc. Civil. cap. 26.* §. 9.

**** Quapropter & hoc apparet, ipsam petitionem declarationis nec remedium suspensivum,

nec ad fatale quoddam adſtrictam eſſe. MEVIUS *P. 1. Decis. 109. P. 5. Decis. 10.* Nonnunquam vero certum petitioni ſpatium publica lege præſcribitur, *vid.* LUDOVICI *Diſſ. de jure declarationis*, quod omnino ſervandum. In genere vero ad evitandas lites apprime facit, quando hanc declarationem intra fatale remediis præſtitutum urget pars, eique eventualiter, in caſum interpretationis gravantis, remedium legitimum adjungit STRYCK. *Introd. ad Prax. Forenſ. cap. 23. §. 2.*

VII.

Ut vero effectu ſuſpenſivo gaudeat remedium, quo quis utitur contra ſententiam, leges vel mores id ipſum ſtabiliant,* eumque effectum illi expreſſe tribuant, omnino requiritur. Tantum enim abeſt, ut ubivis eadem remedia locum ſibi vindicent, quin potius, idem illud, quod alibi approbatum ſit, alibi nullum producat effectum. ** Præterea, qui remedium approbatum in uſus ſuos convertere cupit, de quo ſigillatim cogitet, aperte declaret. ***

* Plane igitur huc non pertinet proteſtatio ſimplex. ORDIN. PROC. SAX. VET. *Tit. 35. §. fin.* STRYCK. *Introd. ad Prax. Forenſ. cap. 23. §. 3.* quamvis benigna interpretatione Doctores formulam proteſtationi ſimplici additam: *Daß man das Urthel durch die Proteſtation a viribus rei judicatæ ſuſpendiret haben wolle*, inſtar leuterationis accipiant. Quod ad alia fora extra Saxoniam applicari non

poſſe,

posse, recte monet LVDOVICI *in Proc. Civ. cap.* 27.

** Sic Saxones & cum his aliæ gentes, quas citat MARTINI ad *Ord. Proc. Tit.* 35. *§. 1. n. 1. sqq.* leuteratione tantum utuntur. Hæc in Marchia Brandenburgica incognita est, ejusque vicem sustinet remedium supplicationis. BRVNNEMANN *Proc. Civ. c.* 28. *n.* 115. *&* 117. quod & cognitum est in Lusatia inferiori, ac in terris Guelpherbitanis, Saxonibus e contrario incognitum. Revisionis remedio loco leuterationis utuntur Bremæ, Stadæ, Wismariæ, & in genere fere in provinciis, in quibus leuteratio non est approbata. LVDOVICI *loc. cit. cap.* 30. §. 12. Alibi & restitutionem in integrum inter remedia suspensiva numerant, ut in Pomerania, SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. cap.* 2. *p.* 899. *n.* 455. De nullitate sententiæ etiam alibi conqueruntur, quod remedium tamen, si sanabilis sit nullitas, seorsim propositum, nec cum alio remedio suspensivo approbato conjunctum, vix effectum habebit peculiarem. STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap.* 23. §. 27.

*** Quam enim Saxones probant distinctionem inter remedia formalia & virtualia, apud MENCKEN. *Tract. Proc. Tit.* 35. §. 2. alibi vix admittunt. Dicitur autem virtuale, quando gravatus in genere ait, se sententiam a viribus rei judicatæ suspendere velle. Quibusdam tamen in judiciis, ubi alternative remedia concurrunt, in genere rem judicatam suspendere, postea, dum ad justificationem progressus fit, alterum eligere & nominare permittitur.

VIII.

In eo omnia remedia suspensiva conveniunt, quod interponenda, sint intra decen-

cendium, a die publicatæ ſententiæ, * cum poſt lapſum decendii ſententia in rem judicatam tranſeat, quæ reſcindi amplius nequit, niſi extra ordinem remedia peculiaria reſcindentia gravato adſint, ** qualia diverſo reſpectu ſunt Querela nullitatis, *** Reſtitutio in integrum, **** Supplicatio, ***** Reviſio. ******

* Hæc regula generalis eſt, in *L. 11. C. quomodo & quand. jud. ſent.* ſtabilita, MEVIVS *P. 2. Deciſ. 270.* Inde idem omnium remediorum ſuſpenſivorum ratione interpoſitionis fatale, quod nec judices, nec partes prorogare poſſunt, & quia continuum eſt, a momento ad momentum currit, ZIEGLER *ad Ord. Proc. Saxon. Tit. 35.* Vt ſic facile appareat, vel horam publicatæ ſententiæ, & momentum, quo remedium exhibetur, eſſe annotandum in Actis. Alias, modo decimo die offeratur, tempeſtive oblatum cenſetur.

** Hæc igitur, quæ nominavi remedia, certo reſpectu ordinaria, alio reſpectu extraordinaria dici merentur. Qua ordinaria ſunt, præſupponitur, eadem ad eum effectum eſſe approbata legibus vel moribus, ut vires rei judicatæ ſuſpendant, & eatenus ad decendium ſunt adſtricta. Qua extraordinaria poſt rem judicatam adhuc admittuntur, eoque tendunt, ut prævia cauſæ nova cognitione ob damnum, quod ſententia intulit, vel aliam ob cauſam in legibus approbatam, hæc ipſa ſententia irrita declaretur.

*** Hæc querela nullitatem inſanabilem in antecedente cauſæ cognitione commiſſam prærequirit,

rit, & in RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. *121. sqq.* approbata est eo effectu, ut instar peculiaris actionis proponi possit. Duplicem autem dicta lex memorat nullitatem. Altera absolute talis dicitur, quæ sententiæ inest, omissis substantialibus processus, contra aliquem latæ v. c. si citatio, si mandatum plane deficiat. Altera secundum quid talis est, quando sententia juri constituto vel rei judicatæ directo contraria est, ejusque vim & efficaciam tollit. Jure igitur Imperii priori in casu in perpetuum, posteriori autem per triginta annos nullitas urgeri potest. BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 1026. sqq.* In Saxonia Elect. autem de nullitate secundum quid tali querela movenda est intra spatium Saxonicum, a momento publicatæ sententiæ computandum, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 38. pr. &* §. *1.* Cæterum hæc querela, si nullitas non statim probabilis sit, executionem non suspendit, & eum, qui in probatione deficit, pœna 40. florenorum gravat. d. ORD. PROC. VET. *d. Tit.* add. tamen MENCKEN *Tr. Synopt. Proc.* §. *10. & 13.*

**** Eam intellige, quam Prætor ob læsionem ex capite doli, metus, ætatis &c. in Jure Romano concessit. Eam porro, quæ legibus civilibus stricte sic dictis in *L. 31. de jurejur. L. 33. & 35. D. de re judic.* stabilitur. Imo nec ea rejicienda plane, quæ in clausula Prætoris generali nititur, quod supra jam diximus. Et hoc remedio iterum per modum actionis uti possumus. add. STRYCK. *Diss. de remed. contra rem judic.* Probat id ipsum ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 37.* §. *unic.* & hoc solo in casu rejicit, si sententia, prævia comminatione amittendi beneficii restitutionis in integrum, lata sit.

***** Quæ aliam formam habet de Jure Civili, aliam

aliam de Jure Imperii. Jure Justinianeo intra biennium contra sententiam definitivam, a qua ob qualitatem personæ appellari nequit, permittitur *L. unic. C. de sentent. Præf. Prætor.* NOVELL *119. cap. 5.* Jure Imperii vi INSTR. PAC. WESTPHAL. *art. 5. §. 55.* contra sententias a Judicio Imperii aulico latas supplicatio ad Imperatorem fit de revisione Actorum, adhibitis consiliariis utriusque religionis, de partium studio vel aliam ob caussam non suspectis, denuo peragenda. Formalia remedii vid. in GERHARDI *Disc. de duob. summis Imper. tribunal. Disc. 3. cap. 4.* TEXTOR. ad *Recess. Imper. de anno 1654. disc. 13. th 59.* An & quatenus effectu suspensivo gaudeat, collige ex Doctoribus, quos allegat LVDOVICI. *Proc. Civil. cap. 29.*

****** Qua utuntur in Judicio Cameræ Imperii contra sententias, a quibus, si a judice inferiori latæ essent, appellare potuisset gravatus, quæque concernunt summam duorum millium Imperialium. Conf. *Recess. Imper. de anno 1654. §. 124. sqq.* ORDIN. CAMER. *P. 3. Tit. 53.* BLVMIVM *Proc. Camer. Tit. 79.*

IX.

Porro omnia remedia suspensiva sunt interponenda coram judice gravante,* & quidem illi immediate regulariter sunt exhibenda, ** nisi mores judiciorum tolerent, *** ut quis extrajudicialiter coram Notario sese declaret de remedio, quo uti vult, & postea instrumentum Notarii judici causæ exhibeat. ****

* Quod

* Quod secus in iis, quibus ut extraordinariis utimur, sigillatim in Supplicatione & Revisione, vid. *Dd. supra allegat.* Querelam nullitatis & coram judice gravante, & superiore movere licet GAIL. *Lib.1. Obs.127.* nisi nullitas a delegato sit commissa, ubi ad delegantem querela est deferenda. BLVM. *Proc. Camer. Tit. 56. n. 24.* De restitutione vero in integrum, ne ipse judex gravans cognoscat, nil impedit.

** Quod inde est, quia alias ignoranti judici, sententiam esse suspensam, quando in causa ulterius progreditur, & damnum infert, nihil imputari, nec alias gravatus effectum de suspensione sibi certo promittere potest.

*** Imo generatim extrajudicialiter remedium insinuare permittitur, si vel judex gravans copiam sui non faciat, vel justa vindictæ suspicio contra eum militet, quod maxime usu venire potest in remediis, quæ causam simul ad alium judicem devolvunt, quæ de re infra videbimus.

**** Quod in terris Guelpherbitanis usu venire deprehendi, ubi gravatus de gravamine coram Notario intra decendium queri, quoque remedio uti velit, sese declarare, postea breve testatum a Notario recipere, idque judici insinuare, hunc vero, ut justificationem remedii permittat, rogare solet.

X.

Utrum gravatus remedium ipse, an per mantadarium, * utrum viva voce, an in scriptis interponat, plane arbitrarium, ** ut simul de existimatione judicis, qui sententiam concepit, non minuenda, protestetur, nullius usus, *** ut

ut denique gravamina ſtatim intra decendium ſpecifice alleget, non ubivis neceſſarium, **** hoc autem neceſſe eſt, ut, ſi gravamina ſtatim exponi lex jubeat, gravatus ipſa gravamina a rationibus gravaminum diſtinguat, ***** utque præterea ea, quæ ad formam remedii requiruntur, ad amuſſim obſervet. ****** Alia enim gravamina poſt lapſum fatalis interponendi remedii addere nequit, & formalibus neglectis omni effectu deſtituitur remedium ob pœnam deſertionis.

* Nec enim ſpeciale mandatum requiritur. GRIBNER *Lib. 1. cap. 6. Sect. 1. §. 5.*

** Fert tamen uſus fori, ut ſcriptum judici exhibeamus plerumque, imo hoc ſemper fieri debere credo, ſi lex gravaminum ſpecificam expoſitionem ſtatim peragandam injungat.

*** Utuntur quidem Practici formulis: quod ſalva domini judicis exiſtimatione, ſalva Judicii auctoritate dictum ſit, & deſuper proteſtantur. Sed qui iure ſuo utitur, nemini facit injuriam. Et qui proteſtatur de inferenda injuria, & tamen, quod plerumque fieri ſolet, cavillando & convitiando honori judicis detrahit, proteſtationi facto ipſo contravenit. MENCKEN *Tract. Synopt. Proc. Tit. 35. §. 21.*

**** In foro nempe Juris Communis gravatus gravamina plerumque in juſtificatione remedii exprimere ſolet, quando lex vel obſervantia permittit, ut judici abſque gravaminum expoſitione

decla-

declaratio ſimplex de interponendo remedio fieri poſſit. Nec alia ratio in Saxonia eſt appellationis interponendæ. Leuterationis autem remedium, ut in gravamine ſpecifico, mox allegando, nitatur, in Saxonia omnino neceſſe, & ideo, generaliter vel per relationem ad Acta priora conceptum, rejiciendum eſt. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit.* 35. §. 5.

***** Gravis incuria Practicorum eſt, quod hujus regulæ non ſint ſatis memores, & gravaminum numerum in immenſum ſæpius extendant, neve numero rotundo quid deſit, argumenta non ſolum ipſa, quibus veritatem gravaminum fulciunt, inter gravamina collocent, ſed etiam ex ipſis rationibus ſententiæ adjectis gravamina peculiaria deſumant. Aliud eſt gravamen, alia probatio gravaminum, alia refutatio eorum, quæ gravamini obſtant. Illud ex ſententia deſumendum, & objectum unicum remedii interponendi eſt. Hæc ex Actis, probatis & legibus colligere, ac ut objectum juſtificandi remedii conſiderare fas eſt. Gravamina, ſi certum iis proferendis fatale præſtitutum ſit, omnia ſimul ſub pœna deſertionis proferenda ſunt, eoque elapſo nova non admittuntur, rationes gravaminum ad certum fatale nunqvam ſunt adſtrictæ. Indeque judicium ferre poſſumus de reſervatoria clauſula: *Aus dieſen und andern künfftig an- und auszuführenden Urſachen will ich das Urthel ſuſpendiret haben.* Si enim de rationibus gravaminum eam intelligimus, ſuperflua, ſin de gravaminibus novis, inanis eſt.

****** Forma dat eſſe rei, vulgata regula eſt. Eaque, quæ ad formam pertinent, citra vitium nullitatis abeſſe non poſſunt. Quænam autem formalia cujusvis remedii ſint, vix generali regula

gula exprimi poteſt, ſed peculiares & cuivis judicio propriæ ordinationes ſunt inſpiciendæ.

XI.

Sigillatim hoc iterum remedia omnia ſuſpenſiva commune habent, ut, qui uno alterove utitur, judicem imploret, velit ille juſtificationem vel proſecutionem * gravaminum indulgere. Quo nomine in Saxonia, ubi oretenus diſceptant partes, terminum peculiarem expetere fas eſt. **

* Variat enim pro varietate remediorum nomen, quod diſceptationi ſuper remedio imponitur. Proſecutio leuterationi, juſtificatio ſupplicationi & appellationi, deductio reviſioni & reſtitutioni in integrum tribui ſolet.

** Hunc terminum proſequendæ leuterationis ergo in Saxonia Elector. leuterans ſub pœna deſertionis in ipſa ſchedula urgere, & citationem *zur Einlaſſung* petere debet. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 35.* §. 5. Alterutrum tamen, benigna interpretatione adhibita, ſufficere, putat BERGER *Supplem. E. D. F. Tom. 2. p. 618.* Sicut & IDEM *Oec. Jur. p. 1130.* pœnam deſertionis ceſſare ait, etſi citatio rite non ſit alteri inſinuata. Præterea etiam ſemel citationem petiiſſe ſufficit IDEM *Elect. p. 965. & ſuppl. Tit. 1. p. 330. ſq.* ut ſic denuo petendi neceſſitas ceſſet, termino a judice prorogato, vel ſi ob contumaciam leuterati novus terminus præfigendus ſit. GRIBNER *Lib. 1. cap. 6. Sect. 1.* §. 9. In Saxonia Communi peculiare termini proſecutionis petendi fatale præſcriptum eſt, dum nimirum in

pecu-

peculiari ſcripto, intra ſpatium Saxonicum, a die interpoſitæ leuterationis computandum, exhibendo, ejusmodi terminum leuterans urgere debeat, ita tamen, ut, ſi judex prævenerit leuterantem, & terminum indixerit, pœna deſertionis ceſſet. BERGER *El. p. 969. & Suppl. Tom. II. p. 620.*

XII.

Gravatus in termino * præciſe comparere, vel, ubi certum deductioni gravaminum, quod jure Communi fieri ſolet, ** præſtitutum eſt ſpatium, præciſe intra hoc ſpatium ſub pœna deſertionis deducere debet gravamina. Idque ſub eadem pœna ſpecifice, *** & ita, ut præter meritorum cauſæ expoſitionem ſimul doceat, ſe formalibus, quæ remedio præſcripta ſunt, ex aſſe ſatisfeciſſe. ****

* Qui in Saxonia ſpatium Saxonicum continere debet, add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 35. §. 5.* alias impune plane emanet leuteratus. Interim, quod diximus, leuterantem præciſe comparere debere, alias deſertam eſſe leuterationem, id Jure quidem Saxonico Elect. ſecundum ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 10. §. 3.* verum eſt, etiamſi & leuteratus emaneat. Alibi vero, ſi uterque emaneat, merito terminum dixeris circumductum. Præfero enim hic ſententiam GRIBNERI benignam in *Lib. 1. cap. 6. Sect. 1. §. 10.* cum æquum ſit, ut dolus cum dolo compenſetur.

** Quam tamen, deducendi intra ſpatium gravamina

mina, necessitatem intellige de casu, si cum exhibitione remedii nondum sint simul exposita. Sin specifice jam adducta, judex ea statim cum altera parte communicat, ut exceptiones, si qvas habeat, proferat.

*** Non licet igitur illi, qui remedium in judicium deduxit, ad Acta priora sese referre, sed, quæ sint gravamina illa, quæ causam remedii constituunt, perspicue exprimere debet. Quid vero, si jam in schedula, per quam remedium introductum est, specifice allegata sint? Tum, nihil obstare, puto, quousque lex specialis deficit, ne ad istam schedulam fiat relatio, si ex more judiciorum terminus peculiaris justificationis præfigitur, modo, formalia esse observata, ex Actis demonstret gravatus specifice. Imo, licet lex forsan, quod fit in Saxonia Electorali vi ORD. PROC. REC. *Tit. 35. §. 5.* specificam repetitionem gravaminum in termino desideret, ejus tamen omissio non operabitur statim desertionem, sed liberabit solum partem adversam a responsione, WERNHER *Compend. Jur. Lib.* 4. *Tit. 26. §. 33.* Ideo, ut judex prius comminationem, desertam fore leuterationem, novæ citationi inserat, requiritur. Interim, etiamsi gravatus ad prosecutionem specificam progrediatur, non tamen omnia gravamina in primo die termini repetere debet, sed, formalibus deductis, in uno alterove gravamine subsistere, reliqua sequentibus diebus addere licet. WERNHER *d. l.* KRAUS *Tr. Synopt. Proc. Lib. 1. cap. 6. Sect. 1. §. 19.*

**** Omnia igitur remedia, cum quoad formalia, tum quoad materialia, justificanda sunt. Et quoad formalia quidem, sive fatalia, semper specifice, quoad materialia, sive gravamina, aliquando per relationem.

XIII.

XIII.

Altera pars, cum qua lis ventilatur, citata, ut præcise compareat, & ad gravamina respondeat, vix quidem requiritur, cum judici nihilosecius de justitia vel injustitia gravaminum ex Actis constare debeat. * Atque ideo ne opus quidem est, ut, si compareat, contra gravamina sese prolixis verbis defendat. ** Fert tamen Praxis, ut, emanente prima vice citato adversario, judex nihil statuat, imo ne in expensas quidem eum condemnet, *** sed novæ citationi comminationem addat, fore, ut nihilosecius sententia super meritis causæ feratur.

* Quæ dubio procul etiam causa est, cur judex in Saxonia Electorali, vi ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 10.* §. *3.* comminationem, cujus in fine paragraphi fecimus mentionem, primæ statim citationi adjicere debeat.

** Sed vel brevissimis ad Acta priora submittere, seque ad antea deducta referre potest.

*** Quod inde est, quia sententiam victricem pro se habet, & probabilis litigandi causa eum tuetur. Sed enim vero judicis arbitrio condemnationem in expensas relinquit ORD. PROC. SAX. *d. l.* pœnam quoque leuterato pecuniariam pro re nata dictare, &, si novæ eæque relevantes circumstantiæ responsionem leuterati desiderent, hanc injungere permittit.

XIV.

Jam, causa denuo cognita, & utraque parte audita,* vel etiam in contumaciam emanentis aut non respondentis, nova fertur sententia, vel confirmatoria, vel declaratoria, ** vel reformatoria.

* Quot positiones quælibet exhibere possit pars, a legis provincialis dispositione, hac deficiente, a judicis fere arbitrio dependet. Alibi gravato unum exhibitum justificatorium, parti adversæ defensionale exhibitum unum permittitur. Alibi duabus positionibus mutuis dimicant. In Saxonia ad tertiam usque positionem cuilibet parti conceditur progressus. ORD. PROC. SAX. VET. *Tit.* 35. §. 4. Ubi obiter moneo, judices in quibusdam judiciis prius vix copiam concedere Actorum & facultatem justificandi gravamina, quam ille, qui remedio usus est, certam pecuniæ summam, vel futuræ transmissionis intuitu, vel in casum etiam succumbentiæ, exsolverit. Quod, si lege approbatum sit, negligentem pœna desertionis onerat.

** Si nimirum prior sententia quicquam omisit, quod vel officio judicis debebatur, vel juris erat. Quodsi nova sententia quid priori contrarium statuit, declaratio sibi locum non vindicat. Quamvis, si dicendum quod res est, declaratoria priori etiam in casu revera reformatoria sit, cum ea, quæ officio judicis debentur, in sententia omissa, denegata censeantur, posteriori autem in casu declaratio novi quid non tribuat, cum ea, quæ juris sunt, semper urgere liceat, etiamsi sententia eorum mentionem non fecerit.

XV.

XV.

Quemadmodum vero in casu, si sententia vel novi quid statuat, vel a priori recedat, ille æque, qui remedio jam usus est, ac ille, contra quem gravatus olim experiebatur, idem remedium in suos usus denuo convertere potest.* Ita e contrario contra sententiam confirmatoriam ob idem gravamen vix prius remedium, imo ne aliud quidem, suspensivum tantum, admittitur in eadem instantia; ** sed alio, eoque devolutivo simul, opus est, si a foris & causis, a quibus appellatio non competit, *** discesseris. Hic enim vel idem **** vel aliud remedium suspensivum ***** adhibere permittitur. Plane, si trina vice sententia prior confirmata sit, Praxis ægre remedium tolerat. ******

* Ob novum enim gravamen sæpius eodem remedio uti licet. Quod secus, si idem gravamen adsit. Inadmissibilis ideo est leuteratio leuterationis, supplicatio supplicationis &c. Quodsi tamen sententiæ confirmatoriæ immediate non sequantur, sed inter duas conformes, intermedia sit difformis, prius remedium denuo admittit Praxis. BERGER *Elect. Disc. Forens. p. 946.* RIVINUS *Tit. 35. en. 20.* Quod in Saxonia Electorali vel ideo difficulter applicari poterit, cum expresse statuat ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 35.*

 §. 3.

§. 3. unam cuilibet parti solum in prima instantia permittendam esse leuterationem.

** Ergo nil impedit, ne in processu per appellationem ad secundam vel tertiam instantiam devoluto eodem, quo in prima instantia usi sumus remedio, denuo experiamur.

*** Sive igitur judex privilegio de non appellando, vel absoluto, vel quoad certam summam, gaudeat, perinde; atque omnino justum est, ut partibus præscindatur occasio, de causa non satis cognita, & defensione ulteriori denegata querimonias cumulandi. Sæpius tamen in iis judiciis, a quibus appellare possumus ad Imperii judicia, remedium suspensivum novum cum appellatione elective concurrit.

**** Subintelligo hic remedium Oberleuterationis in foris Saxonici juris cognitum. Hoc enim reipsa est leuteratio leuterationis, eademque formalia requirit, quæ leuterationi effectum conciliant. MENCKE *Tract. Synopt. Proc. Tit. 35. §. 2.* In Saxonia vero Electorali locum tantum habet, si sententia in supremo provinciæ judicio lata sit super causa, in hoc ipso judicio ab initio ventilata. In causis enim devolutis & a judice inferiori decisis locum non habet. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 35. §. 2.*

***** Quod nimirum cum priori nec elective, nec cumulative concurrit, sed successive. Sic v. c. supplicationem aliquando sequitur restitutio in integrum, revisionem supplicatio &c.

****** Regula est in *L. unic. C. ne liceat ex una ead.* quod contra tres conformes sententias novum non locum habeat remedium, ob præsumtionem causæ sufficienter cognitæ. Verum, quia non quidem conformitas sententiarum per se, sed ratio potius, in qua sententiæ nituntur, efficiat, ne facile

ne facile ab illa recedamus, patet certe, regulam illam universalem non esse, maxime, si sententiæ immediate non sequantur. vid. BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 28. §. 4. not. 5.* CARPZOV. *Lib. 3. Resp. 1.* MEVIUS *P. 1. Decis. 18. & 63. P. 6. Decis. 114.* WILDVOGEL & LUDOVICI *de trib. sentent. conformibus.*

XVI.

Quod reliquum est, jura etiam illi, * qui remedio contra sententiam non est usus, permittunt, ut remedio a parte litigante interposito, si sua intersit, gravamen corrigi, adhærere possit, ** modo judex remedium admiserit, & citatio eo nomine insinuata sit. *** Est igitur species interventionis. **** Et duplici in casu locum habet, si vel gravamen commune, ***** vel remedium contra totam sententiam sine exceptione interpositum sit. ******

* Non igitur tertio solum, cui per indirectum sententia contra tertium lata præjudicium affert, ob quod actio eum tenet v. c. venditori in causa emtoris, cedenti in causa cessionarii, debitori in causa fidejussoris, sed etiam ipsi parti litiganti, si sententia ipsi noxia sit. Pari jure uterque fruitur. Distinctio enim, quam habet LUDOVICI *Proc. Civil. cap. 38. §. 26. & 27.* fundamento destituitur.

** Est hoc beneficium & Juri Civili conforme *L. 39. pr. C. de appellat.* & in Jure Canonico approbatum *c. 4. de Elect. in 6to.*

*** Hæc enim jam ipsum remedium facit commune, ut sic ne alter quidem eidem in præjudicium ejus, qui adhærere vult, renunciare vel gravamen, ob quod adhæsio fit, e medio tollere possit. MENCKE *Tr. Synopt. Proc. Tit. 35. §. 36.* LUDOVICI *cit loc.* §. *26.* Prærequiritur tamen, ipsum remedium admissibile, & a judice inadmissibile declaratum non esse. WERNHER *P. 9. Obs. 48.*

**** Igitur ad fatale decendii non est adstricta, MEVIUS *P. 1. Decis. 178.* ideoque in ipso termino prosecutionis vel justificationis, imo, quamdiu super gravamine nondum est sententia lata, fieri potest, RIVIN. *Tit. 35. enunc. 13.* Nec ad fatalia peculiaria adstringitur, utut intra decendium quis de adhæsione se declaraverit, modo alter remedio utatur. Habet enim naturam accessorii, & tanquam remedium interveniens semper pari passu cum principali ambulat, sola pœna desertionis excepta, quæ in eum solum cadit, qui ad fatalia adstrictus est. Secus est, si, qui olim ipse remedio ordinario utebatur, idque deserebat, jam remedio alterius adhuc adhærere velit, quippe quod ipsi neutiquam permittitur. BERGER *Oec. Jur. p. 1129. & Elect. p. 978.*

***** Ergo, qui ob gravamen proprium, quod cum eo, intuitu cujus adversarius remedio usus est, nil commercii habet, adhæret, proprie non adhæret, sed ipse solus de hoc grrvamine conqueritur. Quapropter eadem fatalia circa adhæsionem attendere debet, quæ aliis remediis ordinariis præscripta sunt. WERNHER. *P. 7. Obs. 223.*

****** Inde frequens illa Practicorum formula oritur: *Ob ich nun wohl das Urthel in passibus utilibus acceptire*, ne vel totam sententiam suspendisse videantur. Imo hoc etiam ex dictis consequitur,

quitur, male clientibus ſuis conſulere advocatos, qui ſpecialem gravaminum deſignationem negligunt.

CAPVT II.

DE
APPELLATIONE ET PROCESSV SECVNDAE INSTANTIAE IN SPECIE

I.

APpellatio, ſive provocatio ad ſuperiorem judicem, gravaminis a judice inferiore illati corrigendi cauſa, peracta, * præterea, quod rem judicatam ſuſpendit, cauſæ ipſius etiam ulteriorem cognitionem ad judicem ſuperiorem devolvit, ** & judicis inferioris jurisdictionem ita ſiſtit, ut citra attentatum, *** donec de gravamine cognoverit ſuperior, in cauſa progredi haut poſſit. Quatenus igitur remedium ſuſpenſivum eſt, iisdem formalibus abſolvitur, quæ jam expoſuimus. **** Quatenus devolutivum eſt, peculiarem habet formam, hoc loco exponendam.

* Appellatio ipſa ex jure extremæ provocationis fluit, quod quilibet Princeps, qui jurisdictionem, cujus fons ipſe eſt, concedit, ſibi retinet. Non enim

enim fert jurisdictionis ratio, ut privatus juris dicundi poteſtatem privative cum Principis excluſione exerceat, nec patitur majeſtas, ut Princeps privato cumulative jus jurisdictionis concedat, ſed, quicquid privato juris dicundi cauſa princeps indulget, ſubordinate indultum cenſetur, ut ſic ubique, ſi judex officio ex aſſe non ſatisfaciat, recurſus ad ſuperiorem ſalvus ſit.

** Hunc effectum appellatio ſemper habet, niſi plane prohibitum ſit appellare a judice, vel ob pronunciantis privilegium, quale Electorum Germaniæ extat in AVR. BVLL. *tit. 11.* & RECESS. IMPERII *d. ann. 1654.* ut & Archiducum Auſtriæ, Ducum Burgundiæ, Saxoniæ, Regis Sueciæ ratione Ducatuum ad imperium pertinentium in INSTRVMENT. *Pac. Weſtphal. art. 10. §. 12.* vel ob cauſæ levitatem, quorſum pertinet privilegium, omnibus Statibus Imperii quoad certam ſummam conceſſum, RECESS. IMPER. *de anno 1654. § 112.* add. BLVM. *Proc. Camer. tit. 47.* LVDOVICI *Diſſ. de ſumma appellabili*, vel ob legem permiſſivam, qua ſuperior inferiori conceſſit, ut, non attenta appellatione, procedi poſſit, *daß er ſich kein Appelliren ſolle irren laſſen*, BRVNNEMANN *Diſſ. de appell. per reſcript. remot.* Apprime vero tale reſcriptum facit ad refrænandos conatus, litem per frivolas appellationes procraſtinandi.

*** Appellatione enim interpoſita, ſtatim ſiſtitur jurisdictio judicis inferioris, nec quicquam ille innovare poteſt, ſed omnia in ſtatu quo relinquere debet; ſin ſecus, attentatum committit in continenti revocandum, *c. 56. X. nihil innovari* RECESS. IMPER. *de anno 1654. §. 59.* inſtar ſpolii BLVM. *de Proc. Camer. tit. 53.* add. LANCELLOTT. *de attent. P. 3. cap. 31.* modo tamen lex appellationi

tioni effectum suspensivum expresse non adimat, eique devolutivum solum effectum concedat. Pertinet huc appellatio a mera interlocutoria interposita *c. 7. de appell. in 6to* ZIEGLER ad *Lancell. Lib. 3. Tit. 18. §. 17.*

**** Est igitur interponenda intra decendium, coram judice a quo, non coram Notario, nisi in casibus his permissis, si judex copiam sui non faciat, vel justus metus ex parte appellantis subsit *c. fin. X. de Appell. L. fin. C. de his, qui propt. met. judic. non appell.* ORD. CAMER *P. 2. Tit. 29. §. 5.* add. in Saxonia RESOL. GRAVAM. *de anno 1661. Tit. Justiz Sachen §. 30.*

II.

Interest vero, utrum quis provocet a mera judicis interlocutione, an a gravamine per sententiam illato.* Quamvis enim in utroque casu id intendat provocans, ut superior gravamen corrigat, priori tamen in casu nova ipsius causæ cognitione, & sic etiam processu secundæ instantiæ, non est opus, sed superioris potius partes hæ sunt, ut, perspecta ex Actis rei veritate, statim judicem officii sui admoneat, eique legem dicat, quam in ordinando & dirigendo processu sequatur. **

* Varia Jus Canonicum appellationi a mera interlocutione præscribit singularia, ut nimirum præcise fiat in scriptis *c. 1. de appellat. in 6to* ut caussam gravaminis provocans judici a quo aperiat *c. 59. & 62. X. de appell.* ut denique de gravamine

ex ipsis Actis statim constet, idque alia probatione non indigeat, *Clement. 5. de appellat.* Verbo: continet ista provocatio querelam de protracta vel denegata justitia, de ordine processus turbato, & neglecto officio judicis. Ut igitur ex Actis omnia statim perspicua sint, omnino necesse est, cum alias merito temeritatis litigandi se ipsum arguat provocans, & ad pœnam frivole appellantium sese obliget.

** Hæc ergo simul stare possunt, ut superior provocationem non recipiat, & gravamen tamen corrigat. Quia enim, dum ex Actis de gravamine statim constat, processum secundæ instantiæ aperire, supervacaneum est, appellatio rejicitur eo effectu, ut causam ulterius pertractet judex a quo, sed additur rejectioni voluntas superioris, quam in pertractatione ante oculos habere debet judex.

III.

Ipsa provocatio semper ad proxime superiorem fieri debet, * cum neque appellatio per saltum, neque appellatio ad parem permissa sit. ** Interponitur vero coram judice a quo, vel stante pede, ut dicunt, seu viva voce, vel in scriptis.***

* Ob beneficium instantiæ, quod jus quæsitum tribuit cuicunque judici, ne prætereat gravatus ejus judicium. Sæpius autem evenit, ut Princeps plura judicia sibi invicem subordinet, & judicem intermedium constituat, ad quem confugiant gravati prius, quam jus extremæ provocationis in usus suos convertant. Igitur gradatim fiat appellatio *L. 1. §. 3. L. 21. D. de appellat. Landrecht Lib. 1, art. 12.* Sin secus, nec causa quædam ad-

sit,

ſit, quæ judicem intermedium ſuſpectum facit, cauſa controverſa huic remittenda eſt *c.66. X. de appell.* Superior autem judex eſſe debet, ad quem ſit provocatio, cum par in parem non habeat imperium. Quamvis diffitendum haut ſit, pactis effici poſſe, ut par etiam cauſam denuo cognoſcat, & gravamen a pare illatum corrigat. add. MANZIUM *Diſſ. de appellat. ad parem.*

** Sed quid ſi concurrentem jurisdictionem habeant judices ſuperiores? Tum elective fieri poſſe provocationem non eſt dubium, imo vel tum formula: ad quemcunque ſuperiorem; ſufficit, ZIEGLER. *de jur. majeſt. Lib. 1. cap. 30. th. 4.* Electione ſemel facta, maxime, ſi per citationem jurisdictio fundata ſit, variare amplius non licet. Gravamine autem ab altero ſemel ſublato, ſi denuo judex cauſæ gravet, nil obſtat, ne alterum iterum eligamus, & ad hunc provocemus, cum poſt remiſſionem actorum res ad priſtinum revertatur ſtatum.

*** Utramque permittit *L. 14. & 36. C. de appell. cap. 1. de appellat. in 6to* ORDIN. CAMER. *P. 2. Tit. 29.* §. *3.* RECESS. IMPER. *de anno 1512. art. 5.* §. *1. Landrecht Lib. 2. art. 6.* ORDIN. APPELLAT. ELECT. SAX. §. *1.*

IV.

Neutra provocatio præciſe requirit, ut gravamina provocans judici a quo exponat, ſed ea vel usque ad introductionem appellationis ſervare poteſt. * Id vero neceſſe eſt, ut Apoſtolos ** petat a judice a quo, & Acta primæ inſtantiæ requirat *** intra triginta dies, a tempore latæ

re latæ ſententiæ connumerandos, **** ipſam vero petitionem ſolenni formula, inſtanter ac ſæpius ***** abſolvat.

* Conſultum quidem non ſemper eſt, ut judici a quo gravamina exponamus, eoque ipſo, ut ad refutationem eorum progrediatur, ei occaſionem ſubminiſtremus. Sed nec permittitur, ut gravamina provocans ad juſtificationem usque ſervet, cum judicis ad quem interſit, ut tempeſtive de gravaminibus acquirat notitiam, quo de recipienda appellatione vel rejicienda ſtatuere poſſit.

** Sunt autem apoſtoli literæ, quibus cauſam judex a quo ad judicem ad quem dimittit *L. unic. pr.* & §. *1. D. de libell. dimiſſ.* Plerumque abſolvuntur relatione ad ſuperiorem de ſtatu cauſæ, & vel in eo ſubſiſtunt, ac ſuperioris arbitrio relinquunt, quid velit ſtatuere, qui reverentiales dicuntur, vel rationes ſimul continent, vi quarum judex a quo, exiſtimat, appellationi deferendum non eſſe, qui refutatorii nominantur. Sunt & teſtimoniales apoſtoli, qui merum teſtimonium, appellationem eſſe interpoſitam, continent, & in forma patente provocanti exhibentur, plerumque a Notario, ſi coram eo appellatio interpoſita, rarius ab ipſo judice, ſi illi appellatio inſinuata ſit. Vidi tamen, in quibusdam judiciis fori Juris Communis id uſu venire, ut judex provocanti teſtimonium in forma patente de interpoſita appellatione exhibeat.

*** Hæc in Saxonia judex relationi addit, & immediate ad ſuperiorem mittit, imo apoſtolis ex legis diſpoſitione adjungere debet, add. ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 35. §. ult.* In foro Juris Communis nonnunquam Acta, vel originalia

originalia vel authentice transsumta provocato cum Apostolis ad judicem ad quem perferenda suis sumtibus tradunt.

**** Ergo & decendium, intra quod appellatio est interposita, connumeratur *L. 24. C. de appell. c. 8. de appell. in 6to.* Nil tamen obstat, ne apostolos vel in ipsa appellationis schedula petat provocans.

***** Olim per intervalla *L. 1. §. fin. D. de libell. dimissor.* de Jure Canonico uno contextu *Clement. 2. de Appellat.* imo in ipsa schedula appellationis. BERGER *El. Disc. Forens. Tom. 2. p. 625.* Formula tamen instanter ac sæpius, præcise, & sub pœna desertionis, est adhibenda. Ut sic appellatio, omissa vel legitime non facta petitione apostolorum, interposita non videatur. WERNHER *P. 4. Obs. 102.* Formulæ *instanter ac sæpius*, æquipollet verbum: *instantissime*, WERNHER *P. 1. Obs. 132.* Formulam autem: *instanter, instantius, instantissime* adhibere præcise non debet provocans. BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 971.*

V.

In plerisque Germaniæ tamen foris judex neque Apostolos, neque Acta prius exhibere solet, quam illos redemerit parata pecunia provocans. * Quod, ubi lege introductum, novum Appellationis fatale efficit, eo effectu, ut provocans citra pœnam desertionis redemtionem negligere non possit, ** a judice per citationem eo fine admonitus. ***

* De eo quærunt, an judex apoſtolos gratis dare, vel ſolutioni ulterius ſpatium indulgere poſſit? Ita videtur, cum redemtio ipſa judicis favorem reſpiciat. Verum adhibenda procul dubio eſt diſtinctio, utrum judex in termino apoſtolos actu tradat, nec ne. Poſteriori enim in caſu factum judicis, dilationem indulgentis, jus adverſæ parti ex omiſſa redemtione, quæ intra fatale peragenda erat, quæſitum intervertere nequit. WERNHER *P. I. Obſ. 14.*

** Etiamſi relatio ad Acta nondum ſit concepta, WERNHER. *P. 4. Obſ. 90.* Quod ſi tamen lex judici ſolum injungat, ut intra certum ſpatium apoſtolos tradat, redemtio, ut præciſe fiat, non requiritur, cum fatalia citra expreſſam legem non ſint cumulanda. IDEM *P. I. Obſ. 184.* Utut vero in caſibus, ubi redimendi ſunt Apoſtoli, negligens ſit provocans, in Saxonia tamen Elector. vi ORD. PROC. SAXON. *Tit. 35. §. 8.* judex relationem ad ſuperiorem mittere debet, quo hic ipſe ſuper deſertione cognoſcat. Quod & in reliqua Saxonia uſu venit, nec ratione caret, cum ſuſpenſa ſemel per appellationem ſit judicis a quo jurisdictio, illeque, quid ſtatuere velit judex ad quem, expectare debeat.

*** Terminus ipſe quidem arbitrarius eſt, ultra menſem tamen a die interpoſitæ appellationis computandum prorogari non poteſt in Saxonia *Reſol. Grav. de anno 1661. Tit. Juſtiz - Sachen §. 29.* Semel præfixus omnino peremtorius eſt. Non citatus nec redimere debet apoſtolos. Aliud tamen vi ſpecialis diſpoſitionis in Curia Provinciali Lipſienſi obtinet. vid. KRAUS. *Tract. Synopt. Proc. Lib. I. cap. 6. Sect. 6. §. 8.* Imo in Saxonia Electorali fatale redimendorum apoſtolorum plane ceſſat, ſi provocatio facta ab inquiſitione, inhibitione, citatione, monitorio, publicatione reſcripti

vel ſententiæ, generatim a futuro gravamine, ab executione, ſubhaſtatione, in cauſa cambiali, rebus politiæ & diſciplinæ. Judex enim hic ex officio referre debet ad ſuperiorem, etiamſi appellationi renunciatum ſit. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 35. §. 7.*

VI.

Licet vero provocans in his, quæ provocationis ergo coram judice a quo expedienda ſunt, officio deſit, vel appellatio ipſa in ſe inadmiſſibilis ſit, judici tamen a quo, ſi a caſu diſceſſeris, ubi plane prohibitum eſt appellare, facultatem, provocationem rejiciendi, aut inadmiſſibilem vel deſertam declarandi, competere non puto. *

* In eo conveniunt omnes, judicem ad quem de gravamine, &, an ideo appellatio recipienda ſit, vel rejicienda, ſtatuere debere. ZIEGLER. *Dicaſt. Concl. 51. §. 7.* MEVIUS. *P. 1. Deciſ. 7. P. 6. Deciſ. 13.* novumque gravamen inferre provocanti judicem a quo, qui provocationem rejicit, STRYCK. *Introd. ad Pr. Forenſ. cap. 23. §. 9.* BRUNNEMANN *Proc. Civ. cap. 28. n. 54.* Sed & de eo caſu dubium forſan non erit, ſi deſerat provocans appellationem, cum & penes Principem ſit poteſtas ſtatuendi de fatalibus, illeque nihiloſecius, ſi circumſtantiæ id ſuadeant, ex juſta cauſa admittere poſſit appellationem, quæ videtur deſerta. Minimum reverentia, quam judex inferior ſuperiori debet, urget, ut cognitionem ille huic relinquat. Quod autem caſus attinet, ubi appellandi facultatem

 lex

lex publica restringit, nec tamen plane tollit, hos omnes ita interpretari fas est, ut judex ad quem ipse cognoscat, an recipienda sit provocatio, nec ne, neutiquam vero ita accipi possunt, quasi judex inferior interpositam provocationem negligere queat. TITIVS *Jur. priv. Lib. 12. cap. 10. §. 5.* WERNHER *P. 8. Obs. 254.* Quare, licet suspensivum forsan effectum non habeat appellatio inadmissibilis, devolutivum tamen eidem dare, reverentia jubet, & jus extremæ provocationis postulat. Verum his in foro Juris Communis adeo stricte non inhærent.

VII.

Fatale interponendæ appellationis excipit alterum fatale, quod ejus introductionem apud judicem ad quem concernit. * Id ipsum Jure Communi definitum non est, sed judicis a quo arbitrio relinquitur, ab hoc vero determinatum, præcise sub pœna desertionis est observandum. ** Jure Imperii quatuor menses insinuandæ appellationi præfixi, atque his duo superadditi sunt, intra quos a citatione insinuata se præparare possit appellatus ad exceptiones. ***

* Fatale hoc plane sustulit Elector Saxo in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 35. §. fin.* & judici ad quem injunxit, ut, si recipere appellationem, statim terminum justificationis ex officio præfigeret. Permittit tamen provocanti d. ORDIN. *Tit. 1. §. 8.* ut copiam relationis sibi expetere possit, quam judex ad quem denegare non debet, modo intra mensis

mensis spatium a die datorum apostolorum provocans eam urgeat. Sin secus, vel plane non auditur super relatione, vel, si petitio admittitur, mulctam 5. Imperialium solvere debet. Sic autem facile patet, in Saxonia Electorali eum, qui appellat, vix evitare posse necessitatem, vel gravamina in schedula appellationis exponendi, vel ea judici ad quem tempestive insinuandi. Caeterum & alibi eum, qui appellationem introducit, sollicitum esse posse, ut copiam apostolorum judex ad quem concedat, nulli, existimarem, subesse dubio.

** Igitur, si non determinavit, non currit, quatenus lex ipsa peculiare spatium peremtorium non immediate praescripsit. Indeque in Saxonia etiam, ubi judici, ut mensem a tempore datorum apostolorum introducendae appellationi praestituat, injungitur, appellationem salvam putant, si expresse spatium introductioni judex non praescripserit. BERGER Oec. *Jur.* p. 1137. WERNHER P. 1. *Obs.* 13.

*** RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. 68. BLVM. *Proc. Camer. Tit.* 49. §. 20. Imo potius quatuor priores menses eum in finem concessi sunt, ut appellans processus appellatorios extrahat, & parti adversae insinuari curet. Qua occasione saepe plus temporis praeterlabitur in extrahendo decreto, quod causam devolutam judicat, quam integrae causae, in secunda instantia ventilandae, nova cognitio requirit.

VIII.

Solet autem ille, qui appellationem introducit, 1) exponere, quod provocaverit rite, * 2) statum causae referre, 3)

gravamina indicare, ** 3) inhibitoriales urgere, *** 4) compulsoriales, si Acta primæ instantiæ adhuc desint, expetere, **** 5) implorationem de termino justificationis præfigendo & gravamine corrigendo addere.

* Quem in finem apostolos vel testimoniales, vel, quos judex a quo exhibuit, judici ad quem tradit. Nisi forsan veniat usu, ut judex a quo apostolos cum Actis immediate ad judicem ad quem transmittat.

** Idque vel specifice, vel per relationem ad schedulam appellationis, si in hac jam satis exposita sint. Quo nomine in foro Juris Communis copiam appellationis plerumque adjungunt.

*** Ex quibus intelligat judex a quo, appellationem esse receptam, nec ei amplius licere, ut in causa progrediatur. Neque tamen præcise requiritur, ut provocans inhibitoriales intra certum spatium impetret, GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 6. Sect. 2.* §. 8. neque judici a quo facultas competit, ante inhibitionem aliquid innovandi, nisi forsan appellatio interposita in casu, ubi devolutivum solum effectum habet, tum enim inhibitio demum juris dicundi potestatem suspendit. In reliquis igitur casibus judex a quo certior solum fit per inhibitionem, processum secundæ instantiæ ventilari.

**** Compulsoriales quidem cessant, si judex a quo jamjam transmiserit acta primæ instantiæ ad judicem ad quem, vel ea provocanti tradiderit. Sin secus, provocanti eo nomine, quod judex hac in parte officio desit, imputari quicquam non potest, compulsorialibus tamen idem ille vel ideo indiget,

indiget, quia, si in termino justificationis acta adhuc desint, appellatio deserta declaratur. SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. p 878*. Quare ne in hoc quidem solo appellans subsistere debet, quod compulsoriales impetraverit, sed sæpius instare, ut effectum habeant, & super adhibita diligentia tempestive protestationem interponere.

IX.

Jam judicis ad quem est statuere, velitne appellationem recipere, an rejicere. Hoc facere solet & debet, si ex relatione vel ex Actis frivolam deprehendat appellationem. * Illo in casu ad justificationem appellationis sese accingere debet provocans. **

* Quo in casu sæpius mulctam exsolvere debet appellans ob abusum beneficii appellationis, quo in posterum cautius mercari discat, add. ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 35. §. 6.*

** Nisi forsan prius ex legis jussu expediendum quid sit, quod ad formalia hujus remedii spectat. Alibi enim peculiare juramentum appellationis præstandum est, alibi certa pecuniæ summa in casum succumbentiæ exsolvenda.

X.

Fieri debet justificatio vel in termino, a judice præfixo; * vel intra spatium a lege præstitutum, ** & quidem sub pœna desertionis, *** cum quoad formalia, tum quoad materialia. **** Quod ad

adversam partem attinet, illa observare debet ea, quæ supra in titulo antecedente exposuimus. *****

* Hunc Saxones urgent, & spatium Saxonicum justificandæ appellationi a tempore inhibitionis dandum esse defendunt, add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 35.* §. *fin.* Quod tamen in favorem appellati magis, ut de exceptionibus deliberet, quam appellantis tendit. Quapropter, si ille de angustia termini non excipiat, brevius spatium sufficit. add. GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 6. Sect. 2.* §. *11.*

** Quod de Jure Romano æque ac Jure Canonico per *L. fin.* §. *fin. C. de temporal. appell. Clement. 3. Eod.* annum civilem continet. Idem spatium probat Jus Saxonicum, utque appellans intra illud appellationem justificet, requirit. Quod ita accipiendum est, ut appellans intra hoc spatium citationes extrahere debeat, & justificare gravamina, antequam annus labatur. In Camera Imperii duos menses justificationi & exceptionibus dari, supra diximus, add. TEXTOR *ad Rec. Imper. d. ann. 1654. Disp. 11. th. 100. sq.* GERHARD. *de duob. Imper. Tribun. Disc. 3. c. 2.* §. *4.*

*** Quare appellans neque emanere, neque, si comparet, justificationem negligere potest. Sin secus, causa cadit.

**** Qua occasione ea, quæ de ea re in priori titulo diximus, sunt repetenda. Relativam formalium justificationem admittit WERNHER *P. 5. Obs. 17.* In materialibus nova admiscere, novas exceptiones proponere, novas probationes offerre, Jure Communi permittitur, *L. 4. C. de tempor. appell.* Sed Saxones hoc non tolerant. Imo non sine gravi causa id institutum abusibus appellationum

lationum annumerat LUDOLPH HUGO *in tr. de appell. abus. toll.* Hoc enim admisso, non opus erat, certa exceptionibus opponendis probationibusque offerendis præstituere fatalia, sub comminatione præclusi.

***** Respondere nimirum debet ad formalia æque ac materialia, nisi expensas ferre, & pati velit, ut judex ex officio super meritis cognoscat, BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 339.* In Camera Imperii litem ad libellum appellationis contestari debet. GAIL. *Lib. 1. Obs. 76. n. 2.*

XI.

Causa denique, in secunda instantia sufficienter cognita, judex ad quem vel gravamen corrigit, vel priorem sententiam, qvam gravantem asserebat provocans, confirmat. Priori in casu causam ad finem litis usque ventilandam sibi vindicat, excluso judice prioris instantiæ. * Posteriori in casu, si res judicata adsit, ** acta ad judicem priorem remittit, *** quo hic demum liti finem imponat. ****

* Hoc inde esse dicunt, quia gravaminis semel illati continuatio præsumitur in prima instantia. MEVIUS *P. 1. Decis. 65.* Fundamentum opinionis est in *c. 59. X. de appellation.*

** Nam parti, quæ in secunda instantia sese gravatam existimat, remedia suspensiva non denegant. Imo, si judex intermedius sit, ab eo iterum ad proxime superiorem provocare permittunt.

***Non tamen facile prius, quam remissoriales, ut vocant, parata pecunia redimat alterutra partium.

Quod onus, cum difficulter ſubeat victus, merito agnoſcere debet pars victrix, ne, mora illius interveniente, remiſſionem & finem litis diutius expectare debeat. Poſtea tamen, ſi judex primæ inſtantiæ cauſam iterum ordinet legitime pertractandam, recte beneficio *L. 15. C. de judic.* utitur.

**** Hoc adhuc quæritur, quisnam ferre debeat expenſas proceſſus ſecundæ inſtantiæ? Si confirmatoria eſt ſententia, merito appellans eas appellato reſtituit, non tamen, niſi expreſſe ſententia earum mentionem injiciat. Sin reformatoria, æquum eſſe puto, ut compenſatio expenſarum ſequatur. Appellatum enim prior ſententia, a judice primæ inſtantiæ lata, a temeritate litigandi excuſat. Conſentit GAIL *Lib. 1. Obſ. 152. n. 5.* Diſſentit HILLIGER *ad Donell. Lib. 26. cap. 3. lit. H.* BRUNNEMANN *Proc. Civil. cap. 28. n. 106.*

CAPVT III.

DE JVRE PAVPERVM.

I.

LIs inter partes coram judice ventilanda ſumtus poſtulat, utque hos quælibet partium de ſuo ſubminiſtret, rationis eſt. Quia tamen nihiloſecius injuſtum omnino eſt, eum, cui facultates, & media, jus ſuum deducendi in judicio, deſunt, vel a limine judicii repel-

repellere, vel inauditum condemnare, ipsa justitiæ administrandæ ratio privilegium pauperum produxit, vi cujus sumtibus alienis litigant.

II.

Per jus pauperum itaque hoc loco * intelligimus privilegium pauperibus ** tributum, vi cujus durante lite, *** & quousque melior fortuna ipsis non obvenit, vel adversarius compellitur, ut sumtus litis de suo subministret, vel judici minimum & advocato facultas denegatur, sportularum & expensarum nomine quicquam exigendi.

* Sunt & alia jura pauperum, pauperibus qua talibus concessa, cum hoc jure non temere confundenda. Pertinet huc immunitas a cautione judiciali realiter præstanda, cum sufficiat, pauperem jurejurando interveniente cavere. CARPZOV. *P. 3. C. 15. def. 53.* MEVIVS *P. 9. Decis. 42.* Idque duplici juramento efficit, altero assertorio, se nec pignora, nec fidejussores habere posse NOV. *112. cap. 2.* AVTHENT. *Generaliter C. de Episcop. & Cleric.* altero promissorio, se in expensas litis condemnatum easdem adversario restituere velle, simulac melior ipsi fortuna obveniat. Refero etiam huc beneficium restitutionis in integrum, si fatale quoddam in processu neglexerit. WERNHER. *P. 1. Obs. 226.* ejusque neglectus causa paupertas fuerit, IDEM *P. 3. Obs. 9.* Igitur negotium subintelligitur, quod sine sumtu observare non potuit, MEVIVS *P. 3. Decis. 178.* LEYSER *Spec.*

Spec. 64. med. 5. sqq. add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 1. §. 13.* Præterea, cum ex clausula Prætoris generali pauperi subveniat judex, culpam vel dolum illi imputari non posse, omnino præsupponendum est. Qualiacunque autem sint hæc jura, possunt tamen esse absque jure pauperum, quod hoc loco explicamus. Hoc autem, qui impetravit, reliquis juribus pauperum recte utitur. add. ORDIN. PROC. SAX. REC. *Tit. 13. circa fin.*

** Quod priuilegium personalissimum est, nec ad heredes pauperis, qua tales, extendendum. Qua propter nec ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 1. §. 13.* defuncti, durante lite, pauperis liberis ac heredibus id ipsum prius concedit, quam æque jus pauperum rite impetraverint.

*** An jus pauperum, in una causa rite impetratum, ad aliam extendi possit, non una Dd. est sententia. Affirmat RIVINVS *Tit. 1. En. 15.* WERNHER *P. 6. Obs. 258.* quod semel pauper repertus talis semper præsumatur, donec contrarium probatum. Verum cum neque æqualis semper causæ pauperis sit justitia, nec semper æquales diversa lis exigat sumtus, nec semper eædem omni tempore ejusdem hominis sint facultates, putarem ego, præstare, ut, nova lite suborta, nova etiam accederet causæ cognitio, & paupertatis investigatio. Ita etiam habet ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *d. l.*

III.

Utut autem æquitati aliquando conveniat, ut adversarius adversario egenti sumtus litis subministret, * non tamen prius hoc oneris subire debet, quam constet,

ſtet, adverſarium revera pauperem eſſe, cauſam eum habere veroſimiliter juſtam, ** & exceptionem in præſens non apparere, quæ jus ejus excludit. Alias enim judicis eſt, ut pauperi ex publico ſuccurrat, *** & advocati, ut gratis ejus cauſam defendat. ****

* Facit huc argumentum ex *L. 27. §. 3. de inoffic. teſtament.* petitum, add. LEYSER. *Spec. 84. med. 5. ſqq.* Non immerito autem ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 1. §. 12.* hoc onus reſtringit ad expenſas, quæ actualiter ſunt erogandæ, *Verlag*, easque, quæ ſportularum nomine veniunt, excludit. Præterea, ut pauper, qui accipit ſumtus, de reſtituendo, minimum jurejurando interveniente, caveat, rationis eſt, COVARRVV. *in Pract. quæſt. cap. 6. n. 7.* LEYSER *Spec. 84. med. 13.*

** Duos ſolum caſus exprimit ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *d. l.* ſi nimirum pauper de alimentis ſibi præſtandis, vel de bonis communibus aut propriis ſibi vindicandis litiget. Verum nil obſtat, ne ad alios caſus idem jus applicemus. vid. BERLICH. *P. 1. Concl. 7. n. 45. ſqq.* ZIEGLER. *ad d. Ord. Tit. 1.* Sigillatim huc STRYCK. *Diſſ. de decreto interimiſt. cap. 2. n. 141.* refert litem pupilli inopis cum tutore. Eodem modo pauper, qui de bonis ſequeſtratis litigat, ſumtus a ſequeſtro petit *L. ult. C. de ordin. cognit.* MENCKEN *in Rroc. Diſp. 3. §. 28.* LEYSER *Spec. 87. med. 4.*

*** Non enim hoc ſolum privilegii tribuit jus pauperum, quod magiſtratus gratis præſtare debeat officium, ſed præterea judicem onerat, ut ſumtus erogandos ſuppeditet. Ita *c. 11. §. 4. de Reſcript.*

ſcript. in 6to L. 9. §. 5. de offic. Proconſ. & ORDIN. CAMER. *P. 1. Tit. 19. §. 5. & Tit. 41.* recte explicat LEYSER. *ſpec. 85. med. 5.* In Saxonia Elect. clara res eſt. Jubet enim ORD. PROC. REC. *Tit. 1. §. 12.* ut in Præfecturis ex reditibus, *Amts-Intraden*, in civitatibus ex communi ærario, in pagis ex propriis dominorum jurisdictionalium facultatibus ſumtus deſumantur. Alibi forſan peculiare judices ſervant ærarium, ex quo pauperes litigant.

**** In judiciis ſuperioribus plerumque ſunt Advocati, eo nomine peculiariter conſtituti, ut cauſas pauperum perorent. Sin ſecus, judex advocatum plerumque in loco judicii eligit, qui, ſi intra numerum eſt, cogitur recte, ut pauperum cauſas gratis ſuſcipiat, *L. 7. C. de poſtul.* GAIL *Lib. 1. Obſ. 43. n. 11.* Refractario, citra juſtam cauſam patrocinium deneganti, ſuſpenſionem a Praxi minatur ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 1. §. 12.* Cæterum alibi hoc etiam onus, ut Advocato ſatisfiat ex fiſco, magiſtratui imponi poſſe, diffiteri nolo, add. MENCKE *in Proc. Diſp. 3. §. 29.*

IV.

Quo vero pauper hoc privilegio fruatur, ut jus pauperum legitime impetret, omnino neceſſe eſt. * Igitur conſtet de eo, quod pauper ſit, & ita quidem conſtet, ut dubium non remaneat, eum mereri jura pauperum. Utrum actor, an reus ſit, perinde, nec quicquam intereſt, utrum in primordio, an in progreſſu

greſſu litis ad jura pauperum confugiat. **

* Non enim judex ex officio ſuccurrit, ſed legitime imploratus, & prævia cauſæ cognitione, an pauper quis ſit, & pauperis jure dignus, add. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. 1. §. 10.*

** Ubique enim eadem eſt ratio, nec cuiquam litiganti juſtitia vel directo vel per indirectum deneganda, add. d. ORD. RECOGN. *Tit. 1. §. 13.* Imo ne cauſa civilis quidem a criminali eſt diſtinguenda, ORDIN. CRIMIN. *art.* 47. MENCKEN. *Diſp. 3.* §. *29.* modo tale delictum non ſubſit, quod de fuga ſuſpectum reddat delinquentem.

V.

Præſtaret interim, pauperem ubivis ex eo æſtimare, an oneri ſumtuum impar ſit, * quam ad certam patrimonii quantitatem reſpicere. ** Præſtaret etiam, in juſtitiam cauſæ majori cura inquirere, quam ex ſola paupertatis ratione jura pauperum indulgere. ***

* De eo enim hic ſolum quæritur, an tantæ litiganti ſint facultates, ut inde ſumtus ſubminiſtrare poſſit, & ſic abſurdum non eſt, quem bona poſſidere, qui tamen huic oneri eſt impar. LEYSER. *Spec. 85. med. 1. ſqq.* Igitur merito determinatio, quis pauper ſit, arbitrio judicis relinquitur. Idque probat ORDIN. CAMER. *P. 1. Tit. 78.* per RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. *114.* non ſublata, LEYSER. *d. l.* Confirmat etiam ORD. PROC. SAXON. REC. *Tit. 1.* §. *10.* Nec abſurdum eſt, quem bona non poſſidere, & ſumtus

ſumtus tamen ſubminiſtrare poſſe, FINCKELTH. *de jur. patron. cap. 6. n. 174.*

** Sunt tamen multis in judiciis peculiares determinatæ quantitates, quæ jus pauperum excludunt. Exempla vide apud LEYSER. *d. l.* KRAUS. *Tr. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 1. §. 3.* ALBIN. *in Diſſ. de jur. pauper. cap. 1. §. 5.*

*** Gravi enim jus pauperum publica æraria & adverſarium afficit incommodo, nec, ſi cauſæ juſtitia deeſt, ſpes ulla recuperandi ſumtus erogatos ſupereſt. Facili etiam negotio deduci eo poſſunt pauperes, ut ex beneficio paupertatis tegumentum quærant liti calumnioſæ. Nam, licet pœna forſan teneat malitioſum hominem, hac ipſa publico quidem, non autem adverſario ſatisfit. Plane, ſi in limine judicii occurrat temeritas litigandi, vel etiam actio inſtituta rejiciatur, non video, qui fieri poſſit, ſalva juſtitia, ut eodem momento pauperi tribuamus jus pauperum. Nec eſt, quod dicas, ſalva adhuc pauperi eſſe remedia ſuſpenſiva, fierique poſſe, ut gravamen corrigat judex alter. Ut enim vix præſumtio ſit, alium judicem temerarium litigatorem vel actionem ineptam admiſſurum, ita e contrario, qui pauperem repellit, ejusque actionem rejicit, & tamen præſumit, alium judicem in alia iturum, ſibi ipſi ſuæque exiſtimationi deeſt. Satis hæc perpendiſſe videtur Elector Saxo, juſſitque, ut improbum litigatorem, utut pauper ſit, ſtatim repellat judex ſuperior, inferior ea de re ad ſuperiorem referat. Sin cauſam ejus non plane iniquam vel injuſtam deprehendat, juramentum malitiæ prius exigat, vi cujus pauper juret: *daß er eine gute und gerechte Sache zu haben gewiß glaube, auch hierunter nichts aus Gefahrde oder bœſer Meynung gethan oder fürgenommen, noch in Zukunfft bey*

wæhren-

wæhrenden Processe dergleichen thun oder fürnehmen wolle, ORD. PROC. SAXON. VET. *Tit.* I. §. 4. & RECOGN. *Tit.* I. §. 10. & 14.

VI.

Hoc interim dubio caret, quod ad jura pauperum consequenda sola paupertatis allegatio non sufficiat, sed pauper de indigentia sua judicem certiorem reddere debeat per productionem testimonii fide digni, * & præstationem juramenti, quod paupertatis vocant. **

* Non enim plena hic probatio requiritur, maxime cum defectus præstito jurejurando suppleatur. CARPZOV. *P. I. Const. 23. def. 14.* Privati tamen testimonium vix semper admitti potest, sed rationis est, ut & integræ vitæ sit, & indigentiam pauperis habeat perspectam & cognitam. Præstat igitur, testimonium magistratus, vel publicæ personæ, quæ facultates pauperis novit, proferre, add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. I. §. 10.*

** Cujus formula generatim quidem eo dirigenda: *daß er so viel, als von Zeit zu Zeit zu Verlegung der Gerichts Gebühren, und zu Salarirung eines Advocati erfordert wird (vel, si ex quantitate certa paupertas æstimetur, daß er e.g. 50. Gülden) nicht vermœge, noch zu verdienen oder aufzubringen wisse, auch, daß er um Leistung solchen Eides willen sein Guth oder Habe nicht veræusert oder an andere übergeben habe.* Juvat tamen addere: *daß wenn er seine Sache durchs Recht oder Vergleich erhalten, oder sonst bey wæhrenden Processe* Aa *und*

und hernach zu bessern Vermœgen kommen, er alsdenn jeden nach Gebühr gerne bezahlen wolle, add. d. ORD. PROC. RECOGN. *d. l.*

VII.

Cessat jus pauperum ipso jure, si ad meliorem fortunam perveniat litigans, sive per transactionem, * sive per victoriam, sive alia quacunque ratione. Et tum merito solvit & restituit, quod debet, vel quod sui causa erogatum est. Si tamen vincatur ab adversario, non in expensas solum litis temerariæ recte condemnatur, sed etiam, quod in ære non habet, in corpore luit. **

* Ne vero per transactionem privatam, (si quidem ipsi facultas transigendi neutiquam est deneganda, ALBINVS *d. Diss. cap. 2. §. 7.*) judici & advocato fraus fiat & præjudicium ratione sportularum & expensarum, optimo consilio statuit Elector Saxo in ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 1.* §. *14.* ut ne transactio fiat, nisi judicialiter, sin secus, ipsa pars adversa, quæ transegit cum paupere, sumtus exsolvat.

** ORDIN. CAMER. *P. 1. Tit. 45.* §. *3.* LEYSER. *Spec. 88. med. 9.* MARTINI *Proc. Tit. 36.* §. *1. n. 184. sq.* Id etiam confirmat ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 1.* §. *14.* Neve vel adversario victrici damnum oriatur, si pauper non reperiatur solvendo, æquitatis & justitiæ ratione habita, disponit, ut pauper operis suis, *durch Arbeit*, adversario suo satisfaciat.

CAPVT

CAPVT IV.
DE
RECONVENTIONE.
§. I.

Reconventio est reciproca actio, a reo in eodem foro * contra actorem instituta, ** in quo hic contra illum experiebatur. *** Atque sic necessariam prorogationem operatur, **** cum actor judicium conventionis reconventus declinare non possit. *****

* Cum ipsa ratio reconventionis coram judice conventionis expediendæ in eo sita sit, quod actor eum judicem, quem pro se elegit, & contra se admittere debeat *L. 14. C. de sentent. & interloc.* non immerito quæritur, an & coram Commissario ad causam conventionis dato reconventio possit ventilari? Primo intuitu ita non videtur, quia commissiones stricti juris sint. Verum, si discesseris a casu, ubi commissarius ex officio constitutus est, a casu item, ubi commissarii potestas diserte ad conventionem restricta est, non dubitabis, quin commissarium ad totam causam datum pro competente in judicio reconventionis habeas, LEYSER. *Spec. 123. med. 1. sq.*

** Ergo conventionem jamjam institutam præsupponit, nec regulariter est reconventio ante conventionem. Admodum improprie tamen huc referunt casum, quando quis, contra conventionem exceptione munitus, quam per modum etiam actionis proponere potest, eandem in judicio,

dicio, ante quam ipſe conveniatur, proponit. Hæc enim magis ſeparata eſt actio, & coram judice rei ordinario expedienda, WERNHER *P. 4. Obſ. 1. n. 105. ſqq.* Multaque omnino hæc præventio habet commoda, maxime cum liberiori probatione jam utatur actor, quam quidem illi concederetur, ſi, actionem expectans forſan ex documento ſtatim probabilem, contra eam exciperet. SCHILTER *Exerc. 13. th. 19. in fin.* Quamvis enim anticipationem reconventionis in fraudem proceſſus executivi vix admittat hujus proceſſus indoles, BERGER *El. Proc. Executiv. th. 36. ſqq.* & *El. Diſc. Forenſ. p. 188.* WERNHER *P. 1. Obſ. 146.* LEYSER *Spec. 123. med. 6.* nil tamen obſtat, ne, qui liquido agendi jure munitus eſt, exceptione per modum actionis propoſita præventus, actionem liquidam in judicium deducat, cum ſeparata utraque ſit actio, altera in judicio actoris, quem prævenit reus, altera in judicio rei, quem convenit actor, ventilanda. WERNHER *d. l.*

** Sive ordinario, ſive executivo proceſſu experiatur actor, modo reconventio ejusdem qualitatis ſit, ac ipſa conventio. BERGER. *Oec. Jur. p. 1032.* In foro enim Juris Communis jus actoris liquidum reconventionem plane non admittit, ſed ſeparata actione potius experiundum eſt. MARIAN. SOCIN. ad *c. 1. X. de inut. petit. n. 60.* RITTERSHVS. *ad Novell. P. 9. c. 17. n. 7.* Jure autem Saxonico liquida etiam conventio reconventionem, finita conventione, admittit. WERNHER *P. 1. Obſ. 240.*

**** Etiam eorum intuitu, qui alias forum privilegiatum habent *L. 20. §. 5. L. 22. D. de judic.*, *L. 10. D. de Legat.* quod argumentum pertractat LEYSER *Spec. 123. med. 7.* Nec a reconventione ſe liberare poſſunt, licet a conventione deſiſtant

sistant, modo judicis jurisdictio per citationem jam sit fundata, BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 196.*

***** Quod tamen non ita intelligendum est, ac si reus praecise convenire debeat actorem in judicio conventionis, ceu erronee cum aliis putat SVENDENDÖRFFER *ad Fibig. c. 2. n. 384. p. 770.* Sed liberum rei manet arbitrium, velitne in judicio conventionis reconventionem deducere, an actionem separatam in foro actoris instituere, WERNHER *P. 4. Obs. 1. n. 146. sqq.*

II.

Ut vero suo reconventio gaudeat effectu, & actorem onere respondendi in judicio conventionis obliget, hoc omnino requiritur, ut judex ratione causae, in reconventionem deductae, habilis sit, eique, ne eam dijudicet, lex prohibitiva non obstet. * Alias enim omni jure separata magis actione uti, causamque ad judicem competentem deferre debet reus. **

* Generatim enim, ubi de proroganda jurisdictione sermo est, speciem illam jurisdictionis habeat judex, ad quam spectat causa prorogata *L. 61. §. 1. de judic.* cum jurisdictio, quae non est, prorogari non possit. Inde Practici regulam formant: De quacunque causa judex cognoscere non potest per modum conventionis, de ea etiam non judicat per modum reconventionis, BRUNNEMANN *ad L. 11. de jurisd. n. 4.*

** In effectu autem inter separatam actionem & reconventionem hoc intercedit discriminis, quod

ibi judicem ordinarium, cui ſubeſt perſona conveniendа, adire debeamus, hic coram judice etiam ratione perſonæ conveniendæ incompetente agere poſſimus.

III.

Præter effectum prorogationis reconventio etiam, tam Jure Communi, quam Jure Saxonico Electorali, * effectum ſimultanei proceſſus producit, ** nec expectandus eſt finis conventionis, *** modo tamen cauſa reconventionis non dependeat a cauſa conventionis tanquam præjudiciali, **** nec diverſo proceſſus genere conventio & reconventio ſit expedienda. ***** His enim in caſibus prorogationem ſolum operatur jurisdictionis. Plane rationis eſt, ut, etiamſi ſimultaneo proceſſu utrumque judicium expediatur, cauſa tamen conventionis prius finita ulteriorem cauſæ reconventionis diſcuſſionem tamdiu ſuſpendat, donec reus in judicio conventionis actori ſatisfecerit. ******

* Ita clare diſponit ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 6. §. 1.* add. NOV. *96. c. 2. §. 1. c. 2. X. de ordin. cognit. c. 3. d. Reſcript. in 6to*

** Et quidem vi d. ORDIN. *d. tit.* evitandæ confuſionis ergo optimo conſilio diſpoſitum eſt, ne reconventio & conventio in eodem proceſſu, ſed ut potius utraque ſeparatim, *mit Haltung beſonderer Acten* expedia-

pediatur. In foro autem Juris Communis rem tanti non faciunt, ut ſeparandam putent diſcuſſionem conventionis & reconventionis. Sed reus conventus, dum excipit, reconventionem intermiſcet, a&or, dum replicat, ad reconventionem reſpondet, ſic vero ita cauſam uterque inſtruit, ut in una ſententia judex ſuper conventionis & reconventionis cauſa ſimul cognoſcat.

*** Qui tamen in Saxonia Communi omnino expectandus eſt, eo effectu, ut reus in conventione condemnatus rei judicatæ ex aſſe ſatisfacere, & objectum litis principale cum omni cauſa, fructibus nempe, uſuris, damnis & expenſis præſtare prius debeat, quam actor reconventus reſpondere debeat. Ipſi enim ſemper obſtat exceptio conventionis nondum finitæ, MENCKE *Tit. 6. §. 6.* Quare ne depoſitio quidem judicialis regulariter ſufficit. Quod & procul dubio juris eſt, ſi Jure Communi vel Saxonico effectus ſimultanei proceſſus ceſſat, vel conventio citius reconventione finitur.

**** *L. 10. C. de iujur.* Fruſtraneum enim eſſet, ſuper reconventione litem admittere, cujus finis vel initium ex cauſa conventionis unice pendet. MEVIVS. *P. 5. Deciſ. 192.* Sic actio injuriarum, cujus fundamentum quis collocat in actione criminoſa antea inſtituta, non naſcitur ante finem actionis principalis. Nec enim, qui exceptione præjudicii munitus eſt, litem conteſtari compellitur *L. 18. de Exception.* Quare ſuſpecta videtur cautela, quam plures cum STRYCK. *de act. inveſt. Sect. 1. membr. 10. §. 51.* LVDOVICI *in Proc. Civil. cap. 38. §. 4.* ſuppeditant, ut reconventionem alter interim in judicium deducat, litis conteſtationem eventualem urgeat, & demum usque ad finem litis principalis acquieſcat, maxime, cum fraudi hoc eſſe non poſſit ei, qui reconven-

 tionem

tionem meditatur, quod agere non valeat, nec ideo præscriptio locum sibi vindicet RIVINUS *Tit. 6. Enunc. 4.*

***** vid. LUDOVICI *loc. alleg.* §. 4. WERNHER *En. 465.* Imo de Jure Communi, si causa actoris executiva sit, rei ordinaria, reconventio plane cessat, ceu suprajam diximus. Praeterea etiam reconventionem in causa depositi, spolii, aliisque non admittunt MARTINI *ad Ordin. Proc. Saxon. Tit. 6.* §. *1. n. 15.* Causas mutuarum injuriarum excipit ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 6.* §. *2.* Auctori rixæ actionem injuriarum in judicio reconventionis discutiendam denegat LEYSER *Spec. 123. med. 5.*

****** Ita diserte ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 6.* §. *1.* Quod tamen, quin ad alia fora sit applicandum, non dubito, cum naturale sit, liquidum prætextu illiquidi remorari non posse.

IV.

Quemadmodum vero consilii est, ut ille, qui reconventione uti vult, dispiciat prius, anne exceptio opposita eundem producat effectum; * ita e contrario, ut effectum simultanei habeat reconventio, ea ante litis contestationem in causa conventionis proponatur, ** minimum de Jure Communi, *** necesse est. Priori tamen in casu, si exceptionem propositam rejecerit judex, in reconventione eadem denuo deducenda amplius non admittitur. ****

* Hoc

* Hoc maxime faciat reus, si causa reconventionis cum conventione connexa sit, & ex eodem medio concludendi fluat. Tum enim eligere potest, utrum reconvenire, an excipere velit. Et sæpius præstat, exceptione uti, quam reconventione, LVDOVICI *d l.* §. *10.* Imo, quæ per modum exceptionis urgeri possunt, in Saxonia Electorali, quod ad ordinarium processum attinet, in reconventione deducenda plane non admittuntur, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 6.* §. *2.*

** MEVIVS *P. 4. Decis. 166. P. 6. Decis. 85. sqq.* LVDOVICI *d. l.* §. *5.*

*** An idem Jure Saxonico Electorali locum habeat, omnino dubium est, cum legislator ea de re sileat. Negativa tamen videtur verior, maxime, cum separato processu expediatur conventio & reconventio, nec ideo opus sit, ut unam sententiam judex super utraque ferat.

**** Qua de re jam alibi dixi, eamque exceptionem, ne separata quidem actione in judicium denuo deduci posse, adstruxi, efficacia rei judicatæ commotus. Suspecta etiam videtur distinctio BERLICHII *P. 2. Decis. 271.* & SVENDENDÖRFFERI *ad Fibig. p. 773.* qui exceptionem, cujus probationem deseruit excipiens, adhuc admittunt, in probationem deductam & rejectam negligendam esse putant. Hoc enim sufficit, exceptionem allegatam, & non probatam, aut a judice neglectam esse, ut ne opus quidem sit, exceptionis in sententia fieri mentionem.

V.

Hoc demum non est prætereundum, iis in casibus, ubi simultaneus processus exulat, actorem pro reconventione in

foro conventionis ſubeunda cavere debere * ſecundum quantitatem, quam judex ex arbitrio determinavit. ** Cæterum, ubi cautio non eſt interpoſita, finita conventione, condemnatus, ſi cauſa juſta adſit, *** ad depoſitum confugere poteſt, & adverſarium ad cautionis interpoſitionem compellere. ****

* Quo tamen appareat, an reconventionis judicium impediatur per judicium conventionis, ipſum libellum reconventionis judici exhibendum, vel, quo nomine experiri cupiat alter, declarandum eſſe puto, alias fruſtra de cautione laborabit, quæ ceſſat, ſi ſimultaneus proceſſus locum ſibi vindicet. Et hæc etiam ratio eſt, cur Elector hanc cautionem ſuſtulerit in ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 6. §. 2.*

** Non igitur ſecundum quantitatem objecti litis in judicium reconventionis deducendi, ceu quidam erronee putant. Diverſa enim ratio eſt cautionis judicatum ſolvi, & cautionis pro reconventione. Hanc ideo præſtat actor, ne judicium reconventionis olim recuſet. Cæterum actio ſeparata ei ſemper competit, qui reconventionem parat.

*** V. c. ſi peregrinus ſit actor, non poſſeſſionatus, add. ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 6. §. 1.* GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 5. §. 2. in not.*

**** Ut tamen ſtatim reconventionem offerat, qui depoſitionem aut cautionem urget, omnino neceſſe eſt. ZIEGLER *ad d. Ord. Sax. p. 143.* Vi ORD. PROC. RECOGN. *d. l.* non juramentum ſolum malitiæ urgere poteſt judex, ſed etiam terminum præcluſivum, intra quem offeratur reconventio, recte præfigit.

VI.

VI.

Cæterum in foro juris Communis nihil intereſt, utrum cauſa reconventionis cum cauſa conventionis connexa, an plane diverſæ naturæ ſit. * In Saxonia autem cauſas non connexas per modum reconventionis expedire non licet, ſed ſeparato proceſſu opus eſt. **

* Ut ſic actio perſonalis contra realem, actio ex delicto contra actionem ex contractu admittatur. MARTINI *in Proc. Tit. 6. §. 1. n. 14.*

** WERNHER *P. 1. Obſ. 237.* Idem de Jure Lubecenſi aſſerit MEVIUS *L. 4. Deciſ. 166.* Quænam ſint cauſæ connexæ, explicat CARPZOV. *Proc. Tit. 6. art. 3.* BERGER *Elect. Diſc. Forenſ. p. 197.* Sigillatim huc pertinent, quæ ex eodem contractu eodemque medio concludendi deſcendunt, vel quæ ſe mutuo conſequuntur, verbo, quæ in *Tit. D. de quib. reb. ad eand. jud. eat.* occurrunt.

CAPVT V.

DE INTERVENTIONE.

I.

INterventio eſt actus judicialis, quo quis propriæ utilitatis cauſa alienæ liti ſeſe immiſcet, * idque vel eo fine, ut unum ex litigantibus excludat, vel ea intentione, ut uni ex litigantibus aſſiſtat. Illa principalis, hæc acceſſoria vocatur. **

*Quod

* Quod cuilibet quidem, cujus intereſt, litem in ſui favorem finiri, permittitur. Quodſi tamen, cum potius jus, litem ſuam faciendi, haberet, alteri litigantium diſceptationem vel defenſionem cauſæ conceſſerit, intervenire amplius nequit, ſed, quod alter egit, ratum habere debet *L. 63. de re jud.* BRUNNEMANN *Proc. Civil. cap. 13. n. 16.* GAIL. *Lib. 1. Obſ. 72. n. 14.* WERNHER. *P. 2. Obſ. 473.*

** Prior in *L. 29. D. de inoffic. teſtam. L. 31. §. 1. D. Depoſ. L. 34. D. Soluto matrim.* Poſterior in NOV. *112. cap. 1. & cap. 38. X. de teſtib.* nititur. Sic principaliter intervenit, qui, lite inter ſponſum & ſponſam agitata, priora ſponſalia, qui porro in re ab alio petita dominium ſibi aſſerit. Acceſſorie intervenit venditor in cauſa emtoris, cui evictionem præſtare debet, debitor in cauſa fidejuſſoris, cui jus eſt, ſuum a debitore repetendi.

II.

Utraque interventio præſupponit intereſſe, * quod ſummarie ab interveniente eſt demonſtrandum. ** Sigillatim, principaliter interveniens, quia alium excludere cupit, ita demonſtrare debet intereſſe ſuum, ut appareat, litem citra præjudicium ſuum inter litigantes continuari non poſſe. ***

* Quod ideo demonſtrandum eſt, ne vel malitioſe, animo turbandi aut retardandi alienas lites, quis interveniat *c. 38. X. de teſtib.* ORDIN. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 15. §. 2.* WERNHER *Enunc. 42.* Alias obſtat exceptio, Tua non refert. Nec immerito pars litigans, imo & judex ex officio, ſi interventionem, litis protelandæ cauſa, vel per modum

dum collusionis, fieri sentiat, juramentum malitiæ exigit, eumque, qui hoc juramentum præstare detrectat, a limine judicii repellit. add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 15. §. 3.* Cæterum, ut præsens sit interesse, non futurum, utque ab initio appareat, litem intervenienti præjudicium afferre, omnino requiritur, ZIEGLER *ad Ord. Proc. Sax. Tit. 15.* GRIBNER *Pr. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 1. §. 3.*

** Est hæc probatio præambula, præparatoria, & præliminaris. Quare neque plena esse debet, CARPZOV. *Proc. Tit. 4. art. 2. n. 42.* neque reprobationem admittit, CARPZOV. *Lib. 3. Resp. 21.* BERGER *El. Disc. Forens. p. 445. sqq.* Utrum interesse appareat ex documentis, an ex depositione testis, an ex conjecturis & præsumtionibus, perinde est. Imo & juramentum deferre licet, CARPZOV *d. l.* BERGER *P. 2. Resp. 163.* GRIBNER. *d. l.* Quod tamen in Saxonia Elect. dubium videtur, cum d. ORDIN. PROC. *tit. 15. §. 2.* desideret, ut interveniens interesse suum vel per documenta vel per unius testis jurati depositionem demonstret. Hoc tamen rationis est, ut, processu executivo instituto, interveniens non audiatur, nisi interesse liquido ex documentis appareat, BERGER. *El. Disc. Forens. p. 445.*

*** Ergo, ubi præjudicium intervenienti non imminet, juste idem ille repellitur. Exemplo esse possunt interventiones uxorum pro conservanda dote, si quis creditor contra maritum experitur, & in hujus bonis executionem impetrat. Cum enim uxoris jus pro dote consequenda jam potius sit, executio a creditore impetrata in bonis mariti ipsi non nocet. Secus est, si interveniat, ubi executionem decernit judex in fundo dotali.

III.

III.

Oritur itaque ex principali interventione novus processus * inter eum, qui intervenit, & eum, quem excludere cupit, coram judice causæ principalis ** discutiendus, & causa principalis tam diu quiescit, donec constet, quis potius jus habeat. Quare constat, hanc interventionem peculiari includendam esse libello, ad quem respondeat alter, huncque quasi novum reum, intervenientem novum quasi actorem esse. ***

* Nequaquam igitur interveniens ad ea, quæ adhuc in judicio acta sunt, adstrictus est, ipsaque interventio præjudicium facit causæ principali. Quodsi enim ad intervenientem magis, quam ad alterum litigantium causa spectet, certe, quæ inter litigantes geruntur, inania & sine effectu erunt, WERNHER. *P. 2. Obs. 469.* add. MEVIVM *P. 5. Decis. 206.* Quapropter etiam pronunciari solet: *Und wird inzwischen mit der Haupt-Sache billig in Ruhe gestanden*, RIVINVS *Tit. 15. En. 3.* MENCKE *Disp. 8. §. 5.*

** Principalem enim causam interventionem ad se trahere rationis est, cum hujus sit finis, ut alteruter litigantium excludatur. Quare neque in foro domicilii, neque in foro rei sitæ locum habere potest, sed ibi movenda erit, ubi lis principalis pendet, WERNHER *P. 7. Obs. 125.*

*** Quare non intervenientis solum in sententia peculiaris habetur ratio, ejusque mentio fit, GRIBNER *d. l.* §. 4. sed in genere etiam interveniens ad ea, quæ actoris sunt, obligatur, & hinc dubio

dubio procul pro reconventione & expensis cavet. ZIEGLER. *d. l.* BERNARD. GRAEV. *ad Gail. Concl.* 17. WERNHER *Enunc.* 41.

IV.

Accessorie vero interveniens causam in eo statu, in quo jam est, accipit, ac processum simul cum eo, cui assistere cupit, continuat. * Inde vero patet, neque causæ principalis cursum sisti, neque partes litigantes mutari, neque solenni libello opus esse, sed hoc sufficit, intervenientem se declarare, quod actori vel reo velit assistere.

* Fit enim, qui accessorie intervenit, velut consors litis, & causam æque suam facit, ac pars litigans principalis. Quare ne dubium quidem est, quin pro se invicem cum cautione rati admitti possint.

V.

Fieri potest principalis interventio omni tempore, * etiam ad impediendam executionem, ** quia interveniens ex nova causa jus suum deducit. Accessoriam vero interventionem eo tempore fieri debere, quo effectum adhuc habere potest assistentia, per se patet. ***

* VMMIVS. *Proc. Disp.* 2. *n.* 12. etiam in secunda instantia, ZIEGLER. *d. l.* Nec obest intervenienti, quod initio statim, cum lis moveretur, notitiam de ea habuerit. Intuitu ejus enim res semper integra est. WERNHER. *Enunc.* 40. Quod tamen mutavit

mutavit ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. 15.* §. *1.* jussitque, ut, qui intervenire cupit, ea de re se intra spatium Saxonicum a tempore, quo notitiam de lite principali acquisivit, computandum, declararet. Quamvis putarem, excipiendum esse casum, si ipsum forsan jus interveniendi, durante processu, oriatur, v. c. si, dum executionem parat judex, rei alienæ hoc fraudi sit.

** Imo & post executionem & in fine litis CARPZOV *Proc. Tit. 4. art. 2. n. 17.* STRVV. *Ex. 19. th. 71.* GAIL. *Lib. 1. Obs. 69.* Sufficit enim, intervenientem habere diversam & separatam causam, ejusque interesse, ne durior forsan ipsi adversarius substituatur. BERGER *P. 1. Resp. 145.* Verum, ut hoc in casu, si post rem judicatam quis interveniat, ejus interesse in continenti liquidum sit, rationis est. WERNHER. *P. 3. Obs. 179. P. 7. Obs. 176.* Hoc confirmat ORDIN. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 15.* §. *1.* & interventionem ad impediendam executionem præterea hoc in casu admittit, si damnum irreparabile intervenienti ex executione immineat. Quod & alibi merito attendendum est.

*** Igitur minus recte post rem judicatam. Consultius vero esse, ut tempestive ille, cujus interesse in lite versatur, interveniat, v. c. dum de exceptionibus actioni objiciendis, replica exceptionibus opponenda, sermo est, per se patet. Ideo tamen nulla necessitas urget, ut eo statim tempore sese immisceat interveniens, quo litem principalem agi intellexit, quamvis id velit BERGER *El. Disc. Forens. p. 454.* Cum enim liti tantum accedat, nemini infert præjudicium, nisi sibi, si intempestive sese declarat, atque se ipsum occasione alterum cum effectu defendendi privat. Quare nec ORD. PROC. RECOGN. SAX. *Tit. 15.* peculiare spatium huic interventioni præstituit.

VI,

VI.

Generatim autem, omnibus iis in casibus, ubi interveniens commode admitti, atque interventio effectum habere nequit, ipsa rei indoles docet, hoc agere debere eum, cui præjudicio est decisio caussæ principalis, ut interesse suum separata actione in judicium deducat. *

* add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. d. *Tit.* 15. §. 1.

CAPVT VI.

DE

LITIS DENVNCIATIONE ET NOMINATIONE AVCTORIS.

I.

Litis Denunciatio est certioratio ab eo, cujus res, quam ab altero, ad evictionis præstationem obligato, * accepit, evincitur, facta auctori suo, ** eum in finem, ut veniat, & contra evincentem defensiones subministret.

* Nolo casus, in quibus evictio est præstanda, ex theoria repetere. Hoc unum addo, litem in omni judicio denunciari posse ei, contra quem alteruter litigantium, si succumbat, regressum habet. Hanc regulam legibus & exemplis illu-

 strat

ſtrat LEYSER *Spec. 241. med. 1.* Inde dubium non eſt, quin judex, ſi ab initio injuſta appareat denunciatio, denunciantem ſtatim repellere poſſit, WERNHER *P. 8. Obſ. 376.*

** Et quidem ſemper proximo, a quo rem accepimus, niſi forſan proximus jus ſuum contra remotiorem ceſſerit, WERNHER. *P. 9. Obſ. 28.* Non tamen hanc ceſſionem denuncians invitus acceptare debet, GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 2. §. 4.*

II.

Differt itaque litis denunciatio a nominatione ſive laudatione auctoris. * Hæc enim eſt declaratio rei, qui actione reali, vel in rem ſcripta, ** convenitur, vi cujus tempeſtive, *** ſe alieno nomine poſſidere, eum in finem indicat, **** ut actor cum domino rei potius vel auctore nominantis agat. ***** Apparet enim, litis denunciantem in lite manere, nominantem a lite eximi.

* Sedes nominationis eſt in *L. 2. C. ubi in rem. c. fin. X. ut lite non conteſtat.*

** Non itaque locum ſibi vindicat in actione perſonali, v. c. injuriarum, BERGER *Oec. Jur. Lib. 4. Tit. 20. th. 2. not. 2.* In genere, ſi quis ex facto proprio conveniatur, contractu, delicto, etiamſi juſſus alterius acceſſerit. Imo, ne eos quidem, qui ſuo rem nomine poſſident, utut in effectu alienam, nominatio tuetur v. c. creditorem, qui jure pignoris, uſufructuarium, qui jure ſervitutis poſſidet. MEVIUS *P. 6. Deciſ. 375.* RIVIN. *Tit. 14. Enunc. 22.*

*** Jure Communi ante Litis Conteſtationem. Sin

ſecus,

fecus, ob fictam possessionem, qui liti se respondendo offert, tenetur. In Saxonia Elector. fieri debet sub initium litis ante primum terminum sub pœna 5. vel 10. Imperialium, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 14. §. 3.*

**** Quod omnino sufficit. Nec probatione opus est, GRIBNER PRINC. PROC. *Lib. 1. cap. 7. Sect. 2. §. 7.* nec novo libello contra nominatum, sed nova solum citatione, BERGER. *Oec. Jur. Lib. 4. Tit. 20. th. 2. not. 5.* ORDIN. PROC. SAX. REC. *Tit. 14. §. 3.* modo tamen nominatus judicis jurisdictioni subsit. Alias novo libello opus.

***** Sin falso & per mendacium quis nominaverit auctorem, expedit, eum ad restitutionem rei & expensarum citra moram condemnari, GRIBNER *d. l.* Pœnam arbitrariam addere jubet ORD. PROC. SAX. REC. *d. tit. §. ult.*

III.

Quod jam ad litis denunciationem attinet, facile patet, eam auctori faciendam esse, etiamsi aliunde sciat, litem super re, quam alteri tradidit, moveri, * Præterea etiam legitime ** auctor admonendus est, *** ut veniat. Quamvis nil obstet, ne sponte se liti immiscere possit.

* Est enim finis denunciationis, ut alter aliquid faciat, in gratiam denunciantis. Ergo non opus est, ut se ingerat, cum non sua, sed alterius magis intersit, defensiones in lite haut deesse, add. VOETIVM *ad tit. D. de evict. §. 12.* Præterea leges evictionem præstandi necessitatem remit-

 tunt,

tunt, omissa litis denunciatione *L. 29. §. ult. D. L. 9. C. de evictión.* Quodsi tamen jus auctoris, a quo rem accepimus, sit injustum, vel denunciandi necessitas pacto aut tacite remissa, denunciatione non est opus, quia effectu destituitur, *L. 63. pr. D. Eod. L. 27. C. Eod. L. 7. C. Commun. utriusque judic.*

** Hoc est judicialiter, & per judicem causæ, CARPZOV. *P. 3. Decis. 211.* BERGER *Oec. Jur. Lib. 3. tit. 8. th. 5. not. 10.* Idque de Jur. Saxonico minus dubii habet, add. ORD. PROC. VETER. & NOV. *Tit. 14. §. 1.* Extra Saxoniam autem, nisi lege hæc necessitas injuncta sit, eam cessare, & literas privatas sufficere putat WERNHER. *P. 7. Obs. 14.* quod leges Civiles judicialem denunciationem claris verbis non desiderent. Vix tamen hæc opinio placebit iis, qui sciunt, denunciantis interesse, ne probatio desit, denunciationem auctori factam esse, si defensionem negligat.

*** Vix tamen quicquam referre videtur, utrum denuncians peculiarem judici libellum eo nomine exhibeat, an potius incidenter, vel etiam literis implorationis animum litem denunciandi declaret, BERGER. *d. l. not. 13.*

IV.

Porro ipse finis denunciationis suadet, ut litis denunciatio fiat tempestive, & eo tempore, ubi defensio locum adhuc habere potest. * Tutissime fit ante Litis Contestationem, ** si reus, ante replicam, si actor *** defendendus sit. Cæterum, modo adhuc ante rem judicatam

catam fiat, in foro Juris Communis sufficit. ****

* Facile enim patet, inutilem omnino esse denunciationem, si occasio defendendi denunciatum plane jam sit erepta. Ergo, ea minus tempestive facta, omnem obligationem ad defendendum & assistendum cessare, per se patet. Non tamen propterea semper cessabit obligatio ad præstationem evictionis, si nempe denuncians ostendere possit, evincentem jure victoriam reportasse, nec auctorem, etiamsi denunciatio tempestive facta fuisset, victoriam defensione sua impedire potuisse. Benignam hanc & æquitatis præsidio munitam opinionem suam facit FRANZKIVS *tit. de evict. n.667.* BRVNNEMANN *Proc. Civil. cap. 11. n. 11.* LEYSER. *Spec. 241. med. 6. sq.*

** Ita recte STRYCK *Us. Modern. Dig. ad tit. de legat.* §. *40.* GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 2.* §. *3.* In Saxonia Elector. vi ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 14.* §. *1.* lis a reo præcise denuncianda est intra octiduum ante terminum primum, quo judex denunciatum adcitare statim & amicabilem compositionem majori cum fructu tentare possit. Quod, an ad actorem applicari possit, omnino dubium est, cum auctor demum ei replicam suppeditare debeat, quæ non est ante exceptionem, hæc vero non ante litis contestationem.

*** Fieri enim omnino potest, ut & actori res vel in totum vel pro parte evincatur, v. c. si nomen illi sit cessum, cui exceptio solutionis obstat, it. si fundus liber ab oneribus privatis venditus, & alter sibi tamen jus servitutis afferat, add. GRIBNER. *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 2.* §. *1. lit. a.*

 **** Ergo

**** Ergo etiam in appellationis instantia MEVIUS *P. 7. Decis. 400.* GAIL. *Lib. 1. Obs. 70. n. 5.* Verum periculosum est omnino, eousque servare litis denunciationem, cum fieri possit, ut auctori probationes, quas in prima instantia salvas habebat, jam desint. add. WERNHER *P. 1. Obs. 252.*

V.

Ulterius indoli negotii convenit, ut denuncians curet, denunciatum de lite sufficienter informari, &, quo in statu causa sit, instrui. Quare denuncianti in foro necessitas fere est imposita, ut judicem imploret, de communicandis cum denunciato iis, quæ hucusque in causa hinc inde in controversiam abierunt.

VI.

Non tamen præcise necesse est, ut denunciatus veniat, atque assistat. * Sed sufficit, denunciantem regressum suum contra auctorem salvum denunciatione præstitisse.

* Is enim solum finis est litis denunciationis, ut auctor sciat, agi controversiam, cujus infelix exitus ipsi imputari potest, ideoque propriæ utilitatis ergo denunciantem indefensum non relinquat. Itaque non cogitur ad assistendum, sed invitatur, suoque periculo emanet. Fit inde, ut judex parum curet denunciati contumaciam, sed vel in sola hac formula, si post contumaciæ accusationem sententiam ferat, subsistat. *Dieweil Titius Cajo litem*

litem gebührend denunciret, so hat es dabey sein Bewenden. Imo nec condemnationem denunciantis ob factam litis denunciationem remoratur, WERNHER. *P. 4. Obs. 84.* Interim hoc denuncianti omnino concedendum esse puto, ut a denunciato probationis ergo documentorum, quibus indiget, editionem urgeat. Consentit ORD. PROC. SAXON. RECOGN. *Tit. 14. §. 1.*

VII.

Quodsi tamen veniat, & obligationem assistendi atque evictionem præstandi neget, neque judex causæ, neque evincens,* se huic liti immiscere debet, sed peculiari processu opus est, coram judice denunciati ordinario ventilando. Sin ad assistendum sit paratus, processus principalis ideo non suspenditur, sed denunciatus, ut consors litis, eum in statu, in quo nunc est, simul continuat. **

* Non judex causæ, quia jam plane separatæ sunt controversiæ evincentis cum eo, a quo res evincitur, & hujus cum litis denunciato, ipsaque continentia causarum, quæ denunciatum, cum intuitu assistentiæ, tum intuitu præstandæ evictionis, forum judicis, coram quo lis de re ipsa ventilatur, agnoscere cogit *L. 49. D. de judic.* hoc in casu cessat. Igitur judicem ordinarium ejus, qui negat, se ad evictionem præstandam obligari, adire debet denuncians, LEYSER *Spec. 738. med. 6. sq.* Non evincens, quia lis de evictionis præstatione ad eum non pertinet, BRVNNMANN. *Proc. Civil. cap. 11. n. 15.*

** Igitur evincens litis denunciationem non impedire

poteſt, quia litis denunciatio ejus conditionem deteriorem non reddit, etiamſi denunciatus ipſe litem ſuſcipiat & pertractet. Id enim non proprio nomine, ſed tanquam procurator denunciantis facit *L.66. §.2. de Evict.* & nihiloſecius executio contra denunciantem decernitur, add. LEYSER. *Spec. 241. med. 2. ſq.* ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. 14. §. 1.*

VIII.

Generatim vero, ut denunciatio ſuo effectu gaudeat, & obligatione evictionem præſtandi denunciatum oneret, requiritur, rem coram judice competente, ſervato juris ordine, & ſententia accedente, citra culpam denunciantis, actu evictam eſſe ex cauſa, quæ traditionem rei anteceſſit, *

* Ergo denunciatus non præſtat caſum, non factum principis, non factum judicis doloſum aut imperitum. Nec tenetur, ſi tranſactione aut compromiſſo cauſam dederit denuncians evictioni. Plane ſi denuncians judicis incompetentis juriſdictionem proroget, liti renunciet, probationes deferat, remediis contra ſententias gravantes non utatur, denunciatus non tenetur. Quæ omnia ex theoria ſatis cognita lubens prætereo.

IX.

Cæterum, ſicut, denunciatione neglecta, ille, cui res evincitur, regreſſu adverſus auctorem ſe ipſum privat, * ita eadem rite peracta, ſi ſuccumbat denuncians, auctorem ad evictionem præſtandam & expenſas

pensas restituendas, generatim ad omne id, quod denuncianti propter evictionem abest, resarciendum, omnino obligat. ** Sin e contrario ex processu victoriam reportet denuncians, ne sumtuum quidem nomine denunciatus tenetur. ***

* Modo tamen jus evincentis non omnino notorium & manifestum sit. Nam supra jam diximus, tum ne denunciatione quidem opus esse. Quod confirmat ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 14. §. 2.*

** Nec uti potest exceptionibus, quas in lite principali evincenti objicere potuisset. Sibi enim imputet, quod eas denuncianti suppeditare neglexerit. add. *d.* ORD. PROC. RECOGN. *d. loc.*

*** Certe auctor calumniam præstare, id est, impedire non potest, ne denuncians per calumniam processu vexetur. Hoc enim casibus fortuitis annumerandum est, quos auctor non fert. GRIBNER *Princ. Process. Lib. 1. cap. 7. Sect. 2. §. 6.*

CAPVT VII.

DE

LITIS REASSVMTIONE.

I.

Litis Reassumtio est actus, quo ille, qui litiganti, durante lite, defuncto, succedit, sese judicialiter, nonnunquam solenniter, declarat, quod litem in eo statu, in quo antecessor eandem reliquit, continuare velit,

II.

Hæc litis reaſſumtio heredum intuitu de jure Civili, * quod ſequuntur in Saxonia Electorali, ** plane non eſt neceſſaria, poſtea tamen uſu fori, & legibus cum Imperii, tum provincialibus eſt introducta, *** iis tamen ſolum in caſibus, ub anteceſſor mortuus eſt, qui vel procuratorem plane nullum reliquit, vel mandatum cum clauſula heredum eidem non exhibuit. ****

* Certa omnino res eſt, in omnia emolumenta & onera, & ſic etiam in lites heredem ſuccedere, has igitur ipſo jure, citra neceſſitatem reaſſumendi litem, in heredem tranſire.

** ORDIN. PROC. SAX. RCOGN. *Tit. 17. §. 1.* quæ indiſtincte diſponit, ut heredes ſponte ſua vel liti renunciare, vel eam continuare debeant, etiamſi defunctus procuratorem non reliquerit, ſed in propria perſona omnia expediverit. Imo ne ſpatium quidem deliberandi, hereditatis adeundæ intuitu conceſſum, heredibus prodeſt, quamvis fatalia iis non currant, quam ſpatio quadrimeſtri, quod a tempore mortis defuncti computandum eſt, præterlapſo.

*** RECESS. IMPER. *de anno 1654. §. 102.* Nec tamen eo effectu eſt introducta, ut proceſſus, abſque reaſſumtione litis continuatus, nullitate laboret. Sed valent nihiloſecius, quæ geſta ſunt. *Ex* quo patet, reaſſumtionem non eſſe de ſubſtantia proceſſus, WERNHER *P. 2. Enunc. 300.*

**** Quo jam pateſit, qua ex cauſa juſſerint leges Imperii, ut mandatis clauſula hæredum inſit.

Obviam

Obviam enim ire voluerunt ambagibus & protelationibus litium, quæ litis reassumtio procreare solet.

III.

Procuratore igitur, cujus mandato clausula heredum inest, relicto, vel hoc sufficit, ut ille litem continuet, cæterum curet, ne judici nomina heredum maneant incognita, hosque continuationi non obesse, doceat, quod ultimum efficit productione novi mandati. *

* BERGER *Occ. Jur. p.* 480. add. *Mandat. Elect. Sax. de anno* 1655. quod nominandis heredibus & exhibendo mandato novo spatium Saxonicum præstituit. Cæterum, ne novum procuratorem heredes constituant, nil impedit. Nec ideo reassumtione litis peculiari est opus, BERGER *El. Disc. Forens. p.* 485. *sq.* WERNHER *Enunc.* 230.

IV.

In reliquis casibus, si vel mandatum ab initio non dederit defunctus, vel procuratorem, dum moritur, non habuerit, * usus fori omnino fert, ut litem heredes solenniter reassumant. Idemque juris est, si in successorem singularem lis devolvatur. **

* Casus recenset GRIBNER *Princip. Proc. Lib.* I. *cap.* 7. *Sect.* 2. §. 2.

** v. c. si intuitu officii qvis egerit, & ante litis finem mortuus sit, ut tutor, parochus, administrator &c. Pertinent huc etiam successores feudales

les BERGER *Suppl. ad Elect. Disc. Forens. Tom. 2. p. 401.*

V.

Ita autem solennis litis reassumtio peragitur, ut judex, a parte altera imploratus, citationem, heredibus vel successoribus singularibus insinuandam, curet, pœnamque litis reassumtæ contumaci minetur *; citatus deinde comparens ad Acta vel ipse, vel per procuratorem, speciali mandato instructum, ** sese declaret, &, audita prius altera parte, sententia super reassumtione feratur. ***

* Quod in Saxonia Electorali statim in prima citatione, concesso simul duplicato spatio Saxonico, fieri debet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 17. §. 2.*

** Ita RIVINUS *Tit. 17. En. 12.* WERNHER *P. 7. Obs. 128.* GRIBNER *cit. loc. §. 3.*

*** Quæ vel declarat, litis reassumtionem rite & sufficienter esse factam, vel defectum, si quem indicavit alter, emendari jubet, vel ob contumaciam litem pro reassumta declarat.

VI.

Quod reliquum est, neque universalis, neque singularis successor, præcise litem continuare debet, sed salvum ejus, ad reassumtionem citati, manet arbitrium, an liti potius renunciare velit. Quo in casu quidem heredes expensas restituere debent, successor autem singularis non æque.*

* Manet

* Manet tamen ei, cui lis mota eſt, ſalvus regreſſus contra anteceſſorem in officio, vel ejus heredes, nec non contra eum, cujus juſſu lis cœpta eſt. add. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 17. §. 2.*

CAPVT VIII.
DE
COMMISSIONIBVS.

I.

COmmiſſarius eſt perſona, a Judice Superiore * ad certum actum jurisdictionis contentioſæ, ** vel ad integram cauſam controverſam pertractandam, aut motu proprio, aut ad inſtantiam partis, *** ideo delegatus, ut vel cauſa minori ſumtu expediatur **** vel judici inferiori, quodammodo ſuſpecto, occaſio partem litigantem gravandi, præſcindatur.

* Inferior judex quidem ad certum actum certamque cauſam delegare poteſt, imo etiam, ſi patrimonialem jurisdictionem habeat, hanc integram mandare tertio. Verum proprie hic non adeſt commiſſarius, ſed vicarius alienæ jurisdictionis, jure magiſtratus deleganti jamjam conceſſæ, ideoque jurisdictione ipſe non fruitur, nec a delegante diverſum tribunal habet. GRIBNER *Princ. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 5. §. ult.* Commiſſarius autem, a judice ſuperiore conſtitutus quaſi proprio jure jurisdictionem exercet, & diverſum a delegante tribunal habet.

** Puta,

** Puta, amicabilem compositionem, testium examen, productionem documentorum, ocularem inspectionem, actum jurandi &c.

*** Principi enim vel iis Collegiis, quæ nomine Principis jus reddunt, salva manet facultas statuendi, quis juris dicundi potestatem exercere possit, vid. *c. 43. X. de offic. & potest. judic. deleg.* Commissio tamen ad instantiam partis decreta sumtibus petentis expedienda est. GRIBNER *d.l.* §. *1. lit. a.*

**** Hæc vera ratio est dandi commissarios, ut lis brevior reddatur, & compendiaria via expediatur. Nec enim facile permittet judex superior, ut litigantes commissionibus ad extrahendam litem utantur, CARPZOV *Proc. tit. 9. art. 3.* §. *86.* IDEM *Decis. 220.* & *Lib. 2. Resp. 51.* Quapropter Principi etiam dissuadet LEYSER *Spec. 37. med. 4. sq.* ut, instituta jam & pendente actione, per commissarios cursum judicii interrumpat, absque justa causa.

II.

Et priori quidem in casu, quin Judex superior, si causa coram eo immediate sit pertractanda, pro lubitu commissarium constituere possit, nullo plane subest dubio. In casu autem posteriori absque gravi, quæ judicem ordinarium premit, suspicione, commissio non facile est decernenda, partim, ne beneficio primæ instantiæ fiat præjudicium, partim, ut famæ judicis parcatur. Quare, nisi quid graviter obstet, præstat judici commissa-

missarium adjungere, quam eum a causæ cognitione plane excludere. *

* Jam olim Modestinus hoc optimum credidit remedium, conservandi existimationem ejus, qui quodammodo videretur suspectus, & officii immemor in *L. 9. D. de suspect. tutor.* add. LEYSER. *d. Spec. 27. med. 6.* & ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 1. §. 9.*

III.

Quemadmodum autem omnino consultum est, ut summa circumspectione utatur ille, qui commissarios sibi expetit, nec nomen solum eorum exprimat, sed & actus, a commissario expediendos, * præterea curet, ut plures commissarii constituantur conjunctim & separatim; ** ita & illi, contra quem commissio decreta, ut de expetendo concommissario sollicitus sit, omnino suadendum est. ***

* Hæc & alia late persequitur STRYCK. *Introd. ad Praxin Forens. cap. 2. §. 7. sqq.*

** Quod si enim conjunctim dati sint, varia, dum alter absque altero quicquam expedire nequit, *c. 16. sqq. de offic. & potest. jud. deleg.* celeriorem expeditionem remorari possunt impedimenta, cum e contrario, conjunctim & separatim dati, singuli causam recte expediant *c. 27. X. Eod. c. 8. Eod. in 6to.* Tolerat tamen Praxis, ut pluribus conjunctim datis alter forsan impeditus alteri vices demandare possit. BERGER *Oec. Jur. Lib. 4. tit. 3. th. 1. not. 12.* WERNHER *Enunc. 253.*

*** Quod

*** Quod beneficium, cum vix denegandum sit alteri, STRYCK. *d. l.* §. *16.* eo majori cura in suos quilibet convertat usus, quo majora inde dependent commoda.

IV.

Antequam vero commissarius ad caussam progrediatur, personam suam legitimet, & commissorialis sive mandati & regulæ potestatis concessæ tenorem cum partibus communicet, omnino necesse est. Quod quidem plerumque partibus jam ad se legitime vocatis exponere solet, sed præstat, copiam cum ipsa citatione transmittere. *

* Posset enim emaniens forsan justam inde desumere excusandi caussam, cur morem non gereret judici extraordinario, cum, talem quem esse nunquam præsumatur, sed probatione indigeat: Cæterum, quomodo commissoriale conscribendum, iterum docet STRYCK. *d. loc.* §. *13.*

V.

Hoc enim, ut sciant partes, quanta commissario concessa sit potestas, quibusque limitibus eadem ipsa sit circumscripta, vel ideo requiritur, quia commissarius fines mandati præcise & sub pœna nullitatis servare debet. *

* Sunt enim commissiones, ut dicunt, stricti juris, atque inde, quæ non sunt concessa, a commissario expediri nequeunt, MEVIUS *P. 2. Decis. 58. P. 5. Decis. 310. n. 2.* Igitur, si vel in

una circumſtantia fines commiſſorialis exceſſerit, totum negotium nullitate laborat. *c. 24. X. de reſcript.*

V.

Imo generatim, quæ de mandato dicuntur, ad commiſſiones recte applicantur. Quare nec dubium, quod commiſſariorum poteſtas non præciſe ex iis, quæ in commiſſoriali expreſſa ſunt, dijudicanda, ſed id iis etiam concedendum ſit, quod ex natura rei fluit, & ſine quo actus commiſſus expediri nequit.* De ſubſtituendi facultate inter Doctores non convenit. Putarem ego, ſatius eſſe, ut illa expreſſis verbis concedatur. **

* Convenit hoc cum *cap. 5. X. de offic. & poteſtat. Jud. deleg.* Conſentit LYNCKER *in Anal. ad Deſſelii Erotem. Lib. 1. Tit. 29. qu. 6.* STRYCK. *Introd. ad Prax. Forenſ. cap. 2. 5. 11.* LEYSER. *Spec. 28. med. 6. ſq.*

** Non loquor de commiſſionibus, quando Imperator Status Imperii, vel Princeps univerſitatem delegat. Tum enim facultatem ſubdelegandi extra dubium eſſe puto, vid. BÖHMER *Jur. Eccl. Proteſt, lib. 1. tit. 19. §. 14. ſeqq.* Sed privatos a principe commiſſarios datos intelligo. Horum enim induſtriam eligi, per ſe patet. Et illi etiam, qui ſubdelegandi facultatem iis tribuunt ob *L. 5. C. de judic. C. unic. C. Qui pro ſua jurisd. c. 27. pr. X de offic. & poteſt. judic. deleg.* ſimul concedunt, utramque partem in ſubdelegatum conſentire debere, LEYSER *Spec. 28. med. 2.*

Cc Imo

Imo ipſis legibus citatis haut levia argumenta obſtant WERNHER *Enunc. 253.* Quare non dubito, quin optimum remedium has lites tollendi in expreſſa committentis voluntate ſit collocandum.

VI.

Quod reliquum eſt, commiſſarii ad certum actum dati poteſtatem expirare, ſimulac eum expedivit, per ſe patet. Commiſſarius vero ad integram litem datus vices ordinarii judicis ſuſtinet. Igitur & ordinem procedendi ſervat, ſi alius non ſit præſcriptus. * Nec dubium eſt, quin a gravamine per ſententiam ejus illato ad committentem recte fiat provocatio. **

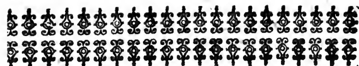
* Hoc ſingulare eſt, quod immediate citet, quod locum, ubi comparere debeant citati, citationi ſpecifice inſerere debeat, niſi ad commisſiones expediendas peculiaris locus ſit deſtinatus; quod denique citationi nomen ſuum ſpecifice ſubſcribat.

** CARPZOV. *Lib. 3. Reſp. 124.* GRIBNER *Princip. Proc. Lib. 1. cap. 7. Sect. 5. §. 4.*

FINIS.

Kurtze

Kurtze und deutliche
Anweisung
Wie man geschickt und ordentlich
Aus denen Acten referiren solle
Als ein Anhang
zu denen Practischen Grund-Sätzen
seinen Zuhörern zum besten
abgefasset
von
Joh. Gottfried Schaumburg
der Rechte öffentlichen Lehrer
in Jena.



Vorrede.

Geneigter Leser.

Es sind Schrifften genung, von der Art, als die gegenwärtige ist, vorhanden. Ich will auch keiner dererselben das Lob,) ihr gebühret, absprechen, noch)eniger die Meinige ausposaunen. So viel will ich nur voraus erinern, daß es bey dem Referiren aus erichtlichen Acten auf eine gründlihe Wissenschafft der Rechte und Process-Ordnungen, dann auf geübe Sinnen und verbesserten Verstand nkommt; Wem eines oder wohl eydes fehlet, der wird aus denen ufs Referiren abzielenden Schrifften schlechten Nutzen haben. Ich

Ich kan ihm auch aus der Meinigen keinen Vortheil versprechen. Im gegentheil ist denenjenigen, die sich gnugsam vorbereitet haben, gar leicht fortzuhelffen. Und es kommt eben nicht drauff an, ob sie sich meine oder anderer Leute Anweisungen zu Nutze machen. Indessen gefällt doch nicht allen einerley Weise. Sonderlich geben meine werthen Zuhörer, die sich unter meiner Anführung in Practischen Dingen üben, zu erkennen, daß ihnen ein Gefallen geschiehet, wenn ich sie nach meinen Lehr-Sätzen unterrichte. Indem ich nun ihnen hierunter zu dienen vor meine Schuldigkeit achte; So habe ich das verdrüßliche Dictiren und Abschreiben zu vermeiden, diese Anweisung dem Drucke übergeben. Uber den Werth oder Unwerth derselben mögen andere urtheilen. Jena am 1. Martii 1738.

Vor-

Vorbereitung.

§. 1.

Acta in ihrem Wort-Verstande bedeuten geschehene Sachen. Die Juristen verstehen dadurch allerhand gerichtliche oder aussergerichtliche Handlungen, pflegen aber doch das Wort zuweilen von eintzelnen, dem Richter oder einem andern übergebenen, Schrifften anzunehmen, daher wir denn auch vorietzo, weil es zu unserm Zweck dienet, durch Acta, geschehene Sachen überhaupt, sie mögen nun im Gerichte oder ausser Gerichte vorgefallen seyn, in eintzelnen, oder in vielen Schrifften bestehen, anzudeuten, vor nöthig finden.

§. 2.

Relation ist eigentlich ein Vortrag; Ein Vortrag aber enthält eine umständliche Erzehlung gewisser vergangenen oder gegenwärtigen Sachen.

§. 3.

Daß der Endzweck eines Vortrages verschieden sey, wird wohl niemand leugnen; Hier besteht er darinne, daß ein gewisser Schluß erfolge, der denen vorgetragenen Umständen und denen Rechten gemäß sey. Und es wird derselbe dadurch am besten befördert, wenn er mit einer anständigen Kürtze und beliebten Deutlichkeit verknüpffet ist.

§. 4.

Gemeiniglich geschiehet der Vortrag einem andern. Derjenige aber, von dem wir hier zu reden haben, läßt sich in diese Gräntzen nicht füglich einschliessen. Denn es muß aus denen Acten auch derjenige selbst sich öffters etwas vortragen, worüber von ihm ein gewisser Schluß verlanget wird.

§. 5.

Es wird daher Relatio ex Actis am füglichsten also beschrieben, daß sie sey eine umständliche doch kurtze und deutliche Erzehlung gewisser aussergerichtlichen oder gerichtlichen Handlungen, welche zu dem Ende geschiehet, daß darauf ein denen Umständen und Rechten gemäßer Endschluß, dessen jemand verschiedener Ursachen halber benöthigt ist, abgefasset werde.

§. 6.

Wie nun die Umstände der Erzehlung durch die Acta selbst an Handen gegeben werden; Also bestehet die Kürtze derselben darinne, daß man nur die nöthigen Umstände zusammen fasset, die zur Sache dienen, die unnöthigen aber wegläßet. Die Deutlichkeit hingegen wird durch den Gebrauch einer guten Ordnung und verständlichen Ausdrückung der Sache zu wege gebracht.

§. 7.

Wenn gesaget wird, daß der Schluß denen Umständen gemäß abzufassen sey, so ist dieses eben nicht also zu verstehen, als ob man sich an die Absicht dessen, der den Schluß verlanget, binden

inden müsse, sondern man überlegt die Sache elbst, und setzt bey Abfassung des Schlusses die Rechte zum Grunde, aus denen, wenn sie mit enen Umständen zusammen gehalten werden, ich jener von selbst ergiebet.

§. 8.

Im übrigen giebt der Vortrag an sich Anlaß uurtheilen, was vor ein Schluß verlanget wird, ind da jener nicht allemahl einerley Absicht hat, o muß auch dieser nothwendig verschieden seyn.

§. 9.

Hauptsächlich giebt es viererley Arthen von Juristischen Vorträgen, mithin auch viererley Arthen des abzufassenden Schlusses. Einer geschiehet aus eintzelnen Bittschrifften, und hat ein Decretum oder Verordnung zum Endzweck. Der Andere setzt einen gewissen vorkommenden weifelhafften Fall zum Grunde, und zielet auf inen guten Rath oder ein Responsum ab. Der Dritte wird aus einem streitigen Rechts-Handel hergenommen, und bringt ein Urthel zu Wege. Der Vierdte erzehlet den gantzen Verlauff oder einen Theil eines Rechts-Handels, und zwar in der Absicht, daß ein Oberer den Vortragenden durch einen Befehl bescheide.

CAPVT I.

Vom Vortrage zu Erlangung eines Decreti oder einer Verordnung.

§. 1.

Dieser Vortrag setzet Bittschrifften zum Grunde, welche man auch Suppliquen, Implorationes, Memorialia &c. zu nennen pflegt.

§. 2.

Bittschrifften sind Ersuch-Schreiben, daß ein Oberer oder ein Richter dem Bittenden etwas vergönnen oder zum besten thun, und ihn darauf mit Bescheid versehen möge.

§. 3.

Sie werden am besten also abgefasset, wenn man die Bewegungs-Gründe, die den Bescheid veranlaßen können, in die Kürtze ziehet, die Bitte selbst aber von den Bewegungs-Gründen dergestalt absondert, daß der Innhalt derselben so gleich in die Augen falle. Zu welchem Ende man dieselbe in der Schrifft entweder einrücket, oder mit einem Zeichen auf der Seite bemercket.

§. 4.

Es ist zwar einerley, ob man dergleichen Schrifften per antecedens und consequens, oder sonst auf andere Weise, einrichtet, wenn sie nur schlüßend seyn. Doch ist es rathsam 1) daß man die Argumenta probantia voraus: diesen

en aber die adminiculantia an die Seite se- zet, damit nicht bey dem Leser ein nachtheiliger Begriff von der gantzen Sache entstehe, wenn ihn gleich anfangs lauter unschlüßige Be- wegungs-Gründe in die Augen fallen, 2) daß, wann das Suchen etwas gehäßiges enthält, die Absicht selbst nicht gleich aus denen ersten Zeilen der Schrifft erhelle, weil sonst der Leser, den übri- gen Innhalt der Schrifft einer genauern Be- trachtung zuwürdigen, Anstand nehmen dürff- te, 3) daß man sich aller Weitläufigkeit und verdrießlichen Wiederholung einerley Sachen enthalte, vielmehr die Haupt-Sache zum Au- genmerck habe, und dasjenige, was unsere Ab- sicht befördern kan, auf eine geschickte Art zu- sammen fasse.

§. 5.

Durch den Bescheid, den man zuerlangen su- chet, ist hier keinesweges ein Urthel oder rechtliches Erkänntnis zu verstehen, ob man wohl sonst den- selben in der Bedeutung anzunehmen, und von einem Urthel in bloßen Neben-Umständen zu un- terscheiden pflegt, sondern es ist derselbe eine bloſ- se einseitige Erklärung, aus welcher erhellet, ob und wie ferne das Suchen zugestanden werde. Und, wann besonders, in einer Streit-Sache, auf einlauffende Bittschrifften dergleichen Erklä- rung erfolgt, so ist sie eigentlich ein Mittel, eine dergleichen Streitigkeit in Ordnung zubringen, oder in der zur Erörterung und Endigung dersel- ben erforderlichen Ordnung zu erhalten, mithin die

die Sache selbst nach Vorschrifft der Rechte zum Ende zubefördern.

§. 6.

Aus denen vorigen Sätzen ist leicht zubegreiffen, daß der zu Fassung des verlangten Endschlusses nöthige Vortrag schon in der Bittschrifft enthalten sey, daher es hiebey keiner weitern Mühe bedarff, als daß derjenige, dem man die Schrifft einreichet, auf die Bitte selbst Achtung habe, und nach denen darinn vorkommenden Gründen und Ursachen überlege, ob eine der Bitte gemäße Erklärung statt finden könne oder nicht.

§. 7.

Ob es nun wohl, wann zumahl die Schrifft bey dem unmittelbahr eingereichet wird, der die Macht hat, darauf zu resolviren, eines besondern Vortrages nicht bedarff; So ist doch ein besonderer Vortrag in dreyerley Fällen nöthig, entweder, wenn, nach einem eingeführten Gebrauch, die bey einem Collegio oder Gericht einlauffende Bittschrifften in ein so genanntes Resolutions-Protocoll einzutragen seyn, oder der Schluß nach denen majoribus abgefasset werden muß, oder auch bey einem Obern oder Landes-Herrn etwas gesuchet wird, von dessen Inhalt derselbe genüglich zuunterrichten ist.

§. 8.

Im erstem Falle werden die Bittschrifften bloß nach ihrem Innhalte unter gewissen Zahlen, so, wie sie der Ordnung nach einlauffen, von dem darzu bestellten Secretario oder Actuario in ein

n Buch zusammen getragen, und ist dabey der nnhalt also zufaßen, daß derjenige, so den Beheid geben soll, so gleich übersehen könne, worauf es ankomme, und was eigentlich gebeten ird. Der Endschluß hingegen ist gleich gegen ber zuschreiben, zu welchem Ende das Papier in em Buche halb gebrochen wird. Und der Secretarius oder Actuarius muß sodann den Endhluß Concepts-Weise in eine dem Stylo Curiæ gemäße Form bringen, die sodann von deen, die die Macht zuresolviren haben, nochahls übersehen, verbessert, und nachdem sie ins eine gebracht worden, unterschrieben wird.

§. 9.

Der andere Fall ereignet sich, wenn man bey inem Justitz- oder andern Collegio, welches it verschiedenen Persohnen besetzet ist, eine Bitthrifft einreichet. Denn die einlauffende Saen werden nach einer anständigen Ordnung nter die Mitglieder des Collegii vertheilet. Und des ist schuldig, den Innhalt der Bittschrifft it denen andern in Überlegung zuziehen, und en Schluß des gantzen Collegii abzuwarten, i welchem Ende der Referent sein Gutachten eyzufügen hat.

§. 10.

Der dritte Fall setzt solche Bittschrifften zum Grunde, darinne etwas, so der Obere und Landes-Herr sich gleichsam allein vorbehalten hat, esuchet wird, wiewohl auch zuweilen dergleien Bittschrifften anderer Ursachen wegen unmittel-

mittelbahr bey dem Obern, mit Ubergehung des Collegii oder Richters, wohin sie eigentlich gehören, eingereichet werden. Gemeiniglich nun haben große Herren ihre besondere Referendarios, die ihnen in solchen Fällen den Vortrag thun müssen, welche denn billig die Reguln in Acht zu nehmen haben, die der Sache und denen Umständen nach zu beobachten seyn.

§. 11.

Es kömmt aber hierbey vor erst darauf an, daß ein Referent unterscheide, ob das Suchen einen passum gratiæ oder einen passum justitiæ betrifft.

§. 12.

Bey denen auf Erzeigung einer Gnade abzielenden Bittschrifften ist abermahl zuunterscheiden, ob, wenn das Suchen zugestanden wird, der Dritte darunter leidet oder nicht.

§. 13.

Im letztern Falle kan es ein Fürst halten, wie er will. Und hat sich ein Referent nur in Acht zu nehmen, daß er nichts vorschreibe. Doch, wenn er seiner Pflicht gemäs, oder weil es sonst von ihm verlanget wird, sein Gutachten geben muß; So hat er hauptsächlich zu prüfen, in was vor Umständen sich die gebetene Sache findet, und ob der Supplicant der Gnade werth sey. Es werden sich solchergestalt gnung Ursachen hervor thun, die etwa zu einer guten oder schlimmen Resolution Anlaß geben. Indem aber der Referent beyde vorträgt; So thut er wohl, wenn

er

er sich der Entscheidung enthält, und bloß anführet, was vor und was wieder den Supplicanten sey, im übrigen den Endschluß demjenigen überläßet, bey dem die Sache eigentlich beruhet.

§. 14.

Fällt die Resolution schlimm; so wird der Supplicant zuweilen wohl gar nicht beschieden, und statt dessen das Supplicat beygelegt. Zuweilen wird ihm sein Bittschreiben mit einer Signatur, das ist, mit einer in tergo desselben geschriebenen Weisung, in originali zurück gegeben. Besondere Rejections Befehle in forma zu ertheilen, ist nicht eben gar gebräuchlich, sie lauffen ins Geld, und bringen schlechten Trost. Darum hält man vor unbillig dem Supplicanten ohne Ursach durch die Auslösung des Befehls Kosten zu machen. Wird im Gegentheil die Resolution nach Wundsch gefasset; So erfolgt eine Verordnung an den, in dessen Amt es läufft, des Fürsten Willen bey einer oder der andern Gelegenheit zu erfüllen.

§. 15.

Im ersten Falle, wenn das Suchen zum Nachtheil des Dritten abzielet, oder doch in Ansehung der gebetenen Sache dessen Interesse mit einschlägt; So ist dieses vor einen Referenten erstens die Haupt-Regul, daß er sich durch die angeführten Gründe nicht verführen laße, noch Schein-Ursachen vor wahre annehme, vielmehr mit allem Eyfer in Uberlegung ziehe, ob nicht vielleicht unter dem Bitten ein bloßer Eigennutz versteckt sey.

§. 16.

§. 16.

Daferne dieses befunden wird; So untersuche ein Referent vors andere: ob das Interesse des Dritten nur darinne bestehe, daß er bisher einen Nutzen gehabt, dessen der Supplicant sich ebenfalls theilhafftig machen will, oder ob es darauff hinaus lauffe, daß dem Dritten ein wahrhaffter Verlust eines Rechts zugezogen werden soll. Dort kan freylich das Bitten eher zugestanden werden, als hier. Denn Gnade also auszutheilen, daß einer verliehrt, und der andere mit dessen Schaden reich wird, ist eine Sache, dabey ein Unschuldiger leidet, die Republic aber keinen Vortheil hat. Soll hingegen jemanden nur ein Erwerb entzogen werden; So hat derselbe eben nicht Ursach sich zu beschweren, weil er kein gegründetes Recht hat, andere auszuschlüßen, daß sie nicht eben sowohl, als er, sich und der Republic auf erlaubte Weise Nutzen schaffe.

§. 17.

Es leidet aber doch beydes hinwiederum seinen Abfall, wenn der Nutzen der Republic ein anders erfordert; Daher ein Referent hierauff vors dritte die Absicht zu machen hat. Denn wie auf der einen Seite niemand ein so kräfftiges Recht haben mag, daß diesem nicht der Nutzen der Republic vorzuziehen sey, mithin in diesem Falle er sich zuberuhigen hat, wenn ihm nur sein Verlust auf andere Weise ersetzet wird, daß er ohne Schaden bleibt; Also ist auf der andern Seite dahin zusehen, ob nicht, wenn

der Erwerb unter viel Persohnen getheilet wird, einer mit dem andern verdorben, solchemnach statt eines, dem Gnade wiederfähret, die Republic mit Bettlern angefüllet, und der Fürst um seine Einkünffte gebracht wird.

§. 18.

Es ist aber **vierdtens** der Nutzen der Republic nicht nach dem besondern Interesse des Fürsten abzumessen, sondern der Nutzen, der einem zugewendet, und dem andern entzogen wird, muß mit dem allgemeinen Vortheil der Republic verknüpfft seyn. Denn wenn gleich der Fürst in seine Casse Geld bekömmt; so gehet doch dieses die Republic nichts an, und, indem diese Unterthanen, die sich ehrlich nähreten, verliehret, so verliehrt auch der Fürst. Mithin hat er dadurch, daß ihm der Supplicant Geld giebt, nichts gewonnen.

§. 19.

Diese Anmerckung ist sonderlich von grossen Nutzen, wenn der Supplicant schlechterdings darauf anträgt, daß er allein den Erwerb haben will, und deshalb ansehnliche Canones, Erbenzinsen und dergleichen verspricht, auch wohl gar vor die bloße Concession große Summen anbietet. Ein Referent laße sich **fünfftens** durch dergleichen anscheinendes Interesse ja nicht verführen. Es ist die Lockspeise, durch welche Land und Leute ins Verderben gestürtzet werden. Sie fällt in die Augen, sie zeiget einen gegenwärtigen Vortheil. Dieser aber verschlingt in

kürtzer Zeit anderer Unterthanen Häuser und Güter. Denn, wenn man nach einer kleinen Weile diesen gegenwärtigen Vortheil gegen den Verlust, den der Fürst an seinen ordentlichen Einkünfften leydet, rechnet; So findet sich mehrentheils daß sich Vortheil und Schaden wie 1. gegen 100. verhält. Nur wäre zu wünschen daß aller Orten dem Fürsten diese Wahrheit bekannt gemacht würde.

§. 20.

Uberhaupt also und damit bey dergleichen mit des dritten Nachtheil verknüpfften Gnaden-Bezeigungen es an zureichender Nachricht nicht ermangele, wie ferne etwa die Republic interessiret ist; so thut ein Referent sechstens am besten, wenn er die positive Entschlüßung so lange aufzuhalten sucht, biß zuförderst eine gnugsame Untersuchung geschehen, die dabey leyden sollen, gehöret, von denen Obrigkeiten jedes Orts, die den Zustand ihrer Einwohner am besten wissen, Nachricht eingezogen, und von ihnen ein Pflicht-mäßiges Gutachten eingereichet worden. Es hat auch seinen Nutzen, wenn zu Erkundigung der Sachen wahrer Beschaffenheit verständige, und des Landes kundige, Commissarii abgeordnet werden. Ist dieses alles geschehen, so findet sich, wenn sonst nicht andere Ursachen das Gegentheil zuwege bringen von selbsten, wie der Supplicant nach Beschaffenheit der Umstände zu bescheiden sey.

§. 21.

§. 21.

Was nun ferner die Bittschrifften anlanget, ie einen passivum justitiæ betreffen; So wer- en dieselben entweder mit Ubergehung des or- entlichen Richters bey dem Obern, oder bey dem rdentlichen Richter eingereichet. Im ersten ;alle enthalten sie wiederum entweder eine Kla- e wieder den, der uns in Güte nicht befriedigen, der eine Beschwerde wieder den ordentli-)en Richter, daß er uns nicht Recht wiederfah- en laßen will. Abermahl, wo es auf eine Kla- e ankommt, werden entweder Ursachen ange- ühret, warum man den Richter übergehet, oder s sind keine dergleichen vorhanden.

§. 22.

Wo sich keine Ursachen finden, welche die lbergehung des ordentlichen Richters rechtferti- ;en, und es ist auch die Persohn, die sich gleich in den Obern wendet, dieserhalb nicht privile- ;irt; So ist die Pflicht eines Referenten, daß r den Supplicanten schlechterdings an die or-)entliche Instanz zurück weise, weil die Gesetze iberhaupt verbieten, daß das beneficium pri- mæ instantiæ einem Richter genommen werde. Wer das Bittschreiben mit Ursachen unterstützet; So kömt es darauf an, ob sie so wichtig seyn, daß sie einen Richter verdächtig machen. Auf den Fall nun dem also ist, so mag ein Referent wohl dahin antragen, daß dem Suchen statt gegeben werde, woferne nur auch die Ursachen keinen Zweiffeln unterworffen seyn. Denn sonst

ist es besser, den Richter erst zu hören, den Beweiß des Vorgebens vom Supplicanten zu fordern, und allenfalls dem Richter einen Commissarium an die Seite zu setzen. Wird hingegen über einen Richter Beschwerde geführet; So ist allemahl nöthig, daß zuvor von der Sachen Beschaffenheit Erkundigung eingezogen werde, ehe eine dem Richter nachtheilige Verordnung resolviret wird. Man erfordert deswegen insgemein Bericht. Pflegt aber wohl, wenn dieses nicht geschiehet, den Richter anzuweisen, daß er Supplicanten über Gebühr nicht beschweren, allenfalls aber Bericht erstatten solle.

§. 23.

Wenn nun aber Schrifften bey einem ordentlichen Richter, vor den die Streit-Sache hingehört, übergeben worden; so præsupponiren sie entweder eine Streit-Sache, die schon anhängig ist, oder sie zielen auf einen künfftigen Streit ab. In jenem Falle wird entweder um Einrichtung eines Actus, den die Beschaffenheit des Processes erfordert, angehalten, und der Richter um die darzu nöthigen Ausfertigungen ersuchet, oder man will, daß der Richter in Fällen, wo es ihm erlaubt ist, sein officium nobile angedeyhen laßen solle. Dort hat der Richter keine Ursach, sich lange zu besinnen, ob er dem Bitten statt geben will, wenn nur der Supplicant nicht etwas verlanget, was der Ordnung und Eigenschafft des Processes zuwieder ist, keine Præposterationes begehet, oder das-

jenige

enige sucht, woran er sich allbereit versäumet hat. Hier muß er auch schon wissen, wieweit ihm die Gesetze verstatten, in einem oder dem andern Falle sein mildrichterliches Amt mitzutheilen. Daher es hierbey lediglich darauf ankommt, daß ein Richter die Procesſ-Ordnung und andere Gesetze inne habe, und sich selbige zur Richtschnur dienen laße.

§. 24.

Daferne aber die Schrifften auf einen künftigen Streit abzielen, welche man Klagen nennet; So hat ein Referent darauf zu sehen. 1) Ob überhaupt die Streitigkeit vor den Richter gehörig, bey dem die Klage angebracht wird, weil bekanntermaßen eine Nullitæt daraus erwächset, wenn sich ein Richter in einer vor ihn nicht gehörigen Sache eines Erkäntnisses anmaßet. 2) Ob die zu Anstellung einer Klage gesetzte Zeit nicht allbereit verflossen, indem die Verjährung auch Amtswegen in Betrachtung gezogen werden muß. 3) Ob die Klage förmlich, deutlich und schlüßig ist, inmaßen eine Klage, die in die Augen fallende Mängel hat, nicht einmahl angenommen, auch denen Partheyen darüber zu disputiren nicht verstattet werden soll, ob wohl gemeiniglich dafür gehalten zu werden pflegt, es gehöre der Streit über die Förmlichkeit der Klage ad jura partium. 4) Ob der Klagende nach Beschaffenheit des angebrachten Streits den rechten modum procedendi erwehlet hat, angerwogen ein Richter sich nicht an die Bitte keh-

 ren,

ren, noch dadurch verführen laßen darff, sondern freye Macht behält, dasjenige zuverabscheiden, was der Eigenschafft des zur Sache sich schickenden Processes gemäs ist. 5) Ob die Klage an sich selbst vor zuläßig zu achten, weil offters nicht nur die allgemeinen, sondern auch die besondern Landes Gesetze gewisse Arten von Klagen entweder schlechterdings oder unter gewisser Bedingungen verbieten. 6) Ob dem Kläger auf blosses Angeben zufügen, oder zuförderst von selbigen eine Bescheinigung seines Vorbringens beyzubringen sey, indem z. E. auf eine Wechsel-Arrests- Diffamations - Klage ohne dergleichen Bescheinigung nicht einmahl ausgefertiget werden darff, sondern der Kläger erstlich zu deren Beybringung anzuweisen ist. Uberhaupt aber muß 7) am allermeisten besorget werden, daß der Proceß nicht von der Execution den Anfang nehme, sondern der Beklagte zuförderst gehöret werde, wenn nicht der eingeklagte Fall also beschaffen ist, daß mit Beyfall der Rechte keine Nachsicht verstattet werden darff.

CAPUT II.

Vom Vortrage eines zweiffelhafften Falles zu Erlangung eines Consilii oder Responsi.

§. 1.

Dieser Vortrag gründet sich wiederum auf eintzelne Schrifften. Diese selbst aber sind

nd umständliche und deutliche Erzehlungen eines ewissen zweiffelhafften Falles, darüber entweder schon gestritten, oder in Ansehung dessen ein künfftiger Streit besorget wird, welche zu dem Ende geschehen, daß man den Anfragenden belehre, was dabey Rechtens, oder sonst seinen Absichten dienlich oder schädlich sey.

§. 2.

Es zielet nun zwar wohl die Erzehlung überhaupt dahin, daß der Anfragende unterrichtet seyn will, wessen er sich bey der Sache zu versehen, und wie er es allenfalls anzufangen habe, daß ihm kein Schade zuwachsе; Gleichwohl mag nicht geleugnet werden, daß zuweilen auch andere Absichten bey Einhohlung eines Consilii oder Responsi mit unterlauffen können. Wie denn wohl mancher, der eben nicht die beste Sache hat, auctoritatem zuerlangen, und sich dadurch von der auf die temeraria litigia gesetzten Straffe zubefreyen sucht, mancher aber in einer sonst an sich selbst klaren Sache das Responsum deswegen verlanget, weil er vielleicht mit einem eigensinnigen, partheyischen und überklugen Richter zuthun hat, der sich auch durch die bündigsten Vorstellungen von seinem Irrthum oder Vorsatze, jemanden zu kräncken, nicht abbringen laßen will, welches er doch vielleicht thut, wenn er siehet, daß andere mit ihm nicht einerley Meinung hegen.

§. 3.

Jedoch mag es damit beschaffen seyn, wie es will, so bleibt so viel gewis, daß die Responsa

auf Seiten dessen, der anfragt, die Stelle eines Rathgebers, auf Seiten dessen aber, dem sie vorgeleget werden, die Stelle eines Fürsprechers vertreten, und daß sie deshalb von Urtheln und Decreten sehr unterschieden sind. Jene machen ein Recht, und dürffen eben nicht nothwendig mit Gründen unterstützet seyn. Man muß sich selbige, wenn sie nur sonst denen Rechten, Acten und Procesſ-Ordnungen gemäs seyn, gefallen laßen. Man sucht selbige von einem Richter. Ein Responsum hingegen muß in Absicht des Endzweckes mit Gründen bestärckt werden, und doch darff sich weder der Anfragende, noch der, dem es vorgelegt wird, daran binden; Auch stehet es lediglich in der Willkühr dessen, der des Raths bedarff, ob er ihn bey gantzen Collegiis Juridicis, oder bey eintzelnen Persohnen suchen will.

§. 4.

Was nun den Vortrag selbst anbetrifft, so hat ein Referent dabey eben so viel nicht zuthun, indem sich die Relation auf die Erzehlung des Anfragenden gründet, welche ihm, indem sie schon die Materie zum Vortrage und Responso in sich hält, die Mühe sehr erleichtert. Es ist auch gut, wenn der Anfragende die Schrifft dahin einrichtet, daß sie der Relation die Hand bietet, daher von derselbigen erst zuhandeln seyn wird.

§. 5.

Noch, ehe die Schrifft gefertiget wird, hat ein jeder Anfragender zu untersuchen,

1) ob die Sache, worüber er ein Responsum haben will, würcklich zweiffelhafft sey?

2) Von wem er das Responsum verlanget?

In ungezweiffelten und gantz klaren Rechts-Fällen sich erst belehren laßen, ist lächerlich, und von emanden ein Responsum verlangen, der die Sache nicht verstehet, oder von dem man zum voraus weiß, daß er uns zuwieder seyn wird, ist thöricht.

§. 6.

Es soll also, wie ein jeder leicht begreiffen kan, die Sache so beschaffen seyn, daß man eben so viel, oder doch eben so trifftige Gründe auf den Bejahungs- als auf den Verneinungs-Fall findet, und also in Ungewisheit bleibet, welche Meinung man zu wehlen hat. Zwar könte es auch wohl seyn, daß der Anfragende selbst geschickt wäre, die Zweiffel aufzulösen, und sich von einer oder der andern Meinung zu überzeugen; Es thut aber das Responsum eines andern nichtsdestoweniger vielleicht bey dem gute Dienste, der sich von demjenigen, mit dem er zuthun hat, nicht überzeugen laßen will, weil er durch das Responsum auf andere Gedancken gebracht werden kan; Und in gewisser Maaße, kan zufälliger Weise eine klare Sache zweiffelhafft heissen, wenn es darauf ankommt, daß man jemanden vor sich hat, der klare Sachen entweder nicht begreiffen kan, oder nicht begreiffen will.

Vielleicht kan es auch seyn, daß der, von dem ich ein Responsum verlange, eine bessere Einsicht und noch bündigere Gründe, eine Meinung zu unterstützen, in Vorrath hat. Ja vielleicht bilde ich mir nur ein, daß meine Gründe wichtig seyn, und stecke doch wohl in Irrthum, der mir durch das Responsum vor Augen gelegt, und benommen wird.

§. 7.

Daß man eben so genau überlege, von wem man das Responsum einhohle, scheinet zwar wohl dann nicht sonderlich nöthig, wenn man bloß Unterricht verlangt, indem solchen ein jeder geben kan, der die Sache, von welcher die Rede ist, verstehet; Weil aber jedoch einer mehr Einsicht haben kan, als der andere, seine Schrifften mit mehrern Fleiß und Gelehrsamkeit ausarbeitet, als der andere, viel Augen mehr sehen, als zwey, eine gemeinschaftliche Uberlegung mehr Nutzen verspricht, als die Gedancken einzelner Persohnen, ein Responsum eines gantzen Collegii mehr Eindruck hat, als ein eintzelner Rath; So läßet sich die Ursach leicht erkennen, warum die Anfragende nicht gerade zu lauffen, sondern eine kluge Wahl anstellen, lieber das Consilium bey einem Collegio Juridico, als bey eintzelnen Persohnen suchen. Zudem giebt es bey Einhohlung der Responsorum ausser obigen Endzweck mehrentheils Neben-Absichten, die man nicht eben bey jedem Rathgeber erreichet. Sonderlich aber würde es thöricht seyn, wenn man

man ein beyfälliges Gutachten nöthig hat, daß man solches von dem verlangte, der nicht unserer Meinung ist. Daher es auch seinen Nutzen hat, wenn man sich um die variantes opiniones bekümmert, und sich die Libros Obseruationum, Responsorum, Consiliorum, Decisionum bekannt macht.

§. 8.

Bey Fertigung der Schrifft kommt dreyerley vor,

1) die Erzehlung des Casus, oder Facti species,
2) die dabey entstehende Zweiffel, deren Auflösung man verlanget und wünschet,
3) die Gründe, welche etwa vor oder wieder uns seyn.

§. 9.

Der Casus muß mit allen Umständen voraus gesetzet werden; Wobey jedoch hauptsächlich auf diejenigen zu sehen, welche bey der Entscheidung einen Zweifel erregen, oder der Sache ein Licht geben. Umstände, die zur Sache nicht dienen, haben keinen Nutzen, und machen den Leser verdrüßlich. Wenn es aber schlechterdings auf eine zweiffelhaffte Rechtsfrage ankommt, die in sonderliche Umstände nicht verwickelt ist, so kan man der Erzehlung des Casus zuweilen gar entübriget seyn, oder man braucht nur mit wenig Worten des facti zuerwehnen.

§. 10.

§. 10.

Ob nun wohl der Casus lauter facta in sich hält, die sonst keinen Glauben verdienen, wenn sie nicht erwiesen seyn; So wird doch hier eben kein Beweiß erfordert, sondern der, dem die Sache vorgetragen wird, nimmt sie alle vor wahr an, und richtet sein Gutachten lediglich nach dem Vortrage ein. Und eben deswegen muß der Anfragende selbst darauf bedacht seyn, daß er keine falsche Umstände einfließen laße, keine nöthige Umstände vergesse, mithin die Sache, wie sie an sich selbst ist, erzehle. Nimmt er dieses nicht in acht; So hat er sich vom Responso wenig Nutzen zu versprechen, ja es kan wohl geschehen, daß er hernach, wenn die Sache zum gerichtlichen Streit kömmt, von eben dem Collegio, welches ihm ein beyfälliges Gutachten ertheilet, ein wiedriges Urthel erhält. Vorsichtige Rechts-Collegia pflegen auch, wenn sie anmercken, daß der Anfragende hinter dem Berge hält, und mit der Sprache nicht recht heraus gehet, das Responsum unter gewissen Præsuppositis und Bedingungen zuertheilen und die Fragen hypothetice zuentscheiden.

§. 11.

Kan übrigens der Anfragende die Sache mit Beweiß-Mitteln verknüpffen, so thut er wohl, wenn er dieselbigen nicht zurückläßet, sondern als Beylagen mit einsendet, weil dadurch nicht nur der Casus selbst in ein besseres Licht gesetzet, sondern auch beßere Gelegenheit gegeben wird, die

vor-

vorkommenden Gründe von einer und der andern Seite zu untersuchen, und die Entscheidung bündiger einzurichten, wenn zugleich denen aus dergleichen Beylagen sich offenbahrenden Zweiffeln begegnet, oder nach ihrer Wichtigkeit und Schwäche dem Anfragenden besser gerathen werden kan. Uberdieses bedarff es in obigen Falle keiner so weitläufftigen Erzehlung der Sache, als sonst geschehen muß, wenn die Umstände mit Beylagen nicht unterstützet werden.

§. 12.

Daß man den Casum unter erdichteten Nahmen vortrage, ist zwar eben nicht schlechterdings nöthig, doch können sich wohl Fälle ereignen, wo es nützlich ist. Menschen Furcht, Geitz, Liebe, Haß, Neid, Mißgunst und dergleichen sind solche menschliche Fehler, die auch ein Referent nicht allemahl überwinden kan. Ein Anfragender hat also von selbst zu urtheilen, und im Voraus zuüberlegen, ob er sich schlechterdings bloß gebe, und wessen er sich bey dem, von welchen er guten Rath begehret, zuversehen habe. Zuweilen wird er besser thun, wenn er sich an solche Oerter, wo er Affecten vermuthen kan, gar nicht hinwendet, weil sich auch bey erdichteten Nahmen vielleicht ein Schlüssel findet, dadurch die wahrhafften Nahmen entdecket werden können. Sonderlich ist es sehr lächerlich, wenn derjenige, der unter erdichteten Nahmen ein Responsum verlanget, in Persohn kommt, und die facti speciem einreichet, oder durch Handbrieffe, darinne er

ne er seinen rechten Nahmen entdecket, um Beförderung der Sache nachsuchet.

§. 13.

Wenn die facti species fertig ist; So ziehet man vors andere die Zweiffel, deren Erörterung verlanget wird, zusammen, und bringet sie in kurtze Fragen. Bey derer Verfertigung aber siehet man auf die Haupt-Sache, worauf es eigentlich ankommt, und welche sich pro und contra entscheiden läßet. Es ist ein Ubelstand, wenn man lange Fragen machet, und in denenselbigen die Umstände mit einmischet, die schon in der facti specie stehen, oder doch darinne stehen sollen. Sie machen den Referenten verdrüßlich, die Sache dunckel, und verhindern offters den gewünschten Erfolg. Derjenige aber, der die Fragen ohne Noth häuffet, und aus denen Neben-Umständen, die eigentlich zum Grunde der Entscheidung der Frage dienen, besondere Propositiones macht, hat ebenfalls wenig Nutzen davon. Er giebt zu unangenehmen Wiederhohlungen einerley Sachen Anlaß, und hat auf die meisten Fragen nur ein Wortreiches Responsum zu hoffen.

§. 14.

Derjenige, so verschiedene Propositiones auf eine geschickte Art in eine ziehen kan, trifft es am besten. Doch muß er sich hüten, daß er nur solche zusammen fasset, die auf ein fundamentum dubitandi und decidendi hinauslauffen, mithin einander nicht sowohl entgegen als subordinirt

nirt

nirt und connex seyn. Diversa sollen und müssen von einander gesondert werden. Auch ist es eben nicht unrecht, wenn in dem Falle, da die Erörterung der einen Frage von der andern abhänget, die Haupt-Frage vorerst vorgetragen, die andere aber derselben an die Seite gesetzet wird. Wer Ordnung liebt, pflegt es auch so einzurichten, weil ausserdem eine Præposteration begangen wird, wenn man die Haupt-Frage zuletzt vorbringet.

§. 15.

Indessen sind die von der Haupt-Frage abhangende Neben-Fragen zweyerley Gattung. Entweder halten sie nothwendige Folgen in sich, oder sie entstehen gleichsam aus der bejahenden oder verneinenden Antwort der Haupt-Frage von neuen; Im ersten Falle kan der Anfragende, der Neben-Fragen gar entbehren, und, wenn er sonst nicht unverständig ist, die Folgen von selbst machen. Im letztern Fall aber braucht er die Neben-Fragen nur eventualiter zu machen, daferne nemlich die Erörterung der Haupt-Frage nicht nach seinem Sinne ist. Fällt aber diese nach seinen Absichten aus, so bedarff er wiederum keine Antwort auf die Neben-Frage. Weshalb ein Anfragender, wenn er dieses recht beurtheilet, viel Kosten ersparen kan.

§. 16.

Ubrigens und wenn er viel Fragen hat die verschiedener Art seyn, mithin besorget, daß einige affirmative, einige negative ausfallen dürff-

dürfften, hat er die Vorsicht zubrauchen, daß er sich von dem Rathgeber zwey besondere Gutachten, in deren einem die beyfällige, in andern die wiedrige Entscheidungen enthalten sind, ausbitten. Weil sonst, wenn er alle zusammen in einer Folge erhält, dieser geringe Umstand ihm in seinen Absichten schädlich seyn kan.

§. 17.

Die Anfragenden pflegen auch gerne zu veranlaßen, daß der Rathgeber gleichsam ex officio dem Gutachten etwas anfüge, warum er insbesondere nicht gefragt wird. Die Clausul: **Oder, was sonst rechtens, it. nach Beschaffenheit gegenwärtiger Sache rathsam sey**, hat ihren guten Nutzen. Nur muß ein Anfragender sich den Rathgeber nicht allwissend vorstellen, und in solchen Dingen, die facta, oder futura contingentia, und aus der Erzehlung des Casus oder der Beylage nicht zuübersehen seyn, einen gleichsam göttlichen Ausspruch haben wollen, sondern die obige General Frage hat nur Nutzen, wenn die angeführten Umstände der Erörterung derselben die Hand bieten.

§. 18.

Daß man hiernächst **vors dritte** die Gründe anführe, die pro und contra vorkommen, scheinet dem ersten Ansehen nach überflüßig zu seyn. Denn weil schon alle Umstände, die zur Erörterung und zum Zweiffel Anlaß geben, in der facti specie enthalten seyn sollen, so kömmt es mehr auf den künfftigen Referenten an, daß er

selbi-

elbige heraussuche. Ich halte es aber doch vor athsam, daß man nicht schlechtweg frage, son-)ern sein ohnmaßgebliches videtur darzufüge. Denn 1) weiß man nicht, ob nicht der Referent wie gleichwohl nicht geschehen soll) aus einer Bemächlichkeit die Umstände nur obenhin ansie-)et, 2) wenn er auch geschickt gnung ist, Fra-en zu erörtern und sich viel Zweiffel zu machen;) könte es doch geschehen, daß er meine Zweif-:l nicht träfe, 3) bilde ich mir vielleicht nur ein, ie Sache sey vor mich zuentscheiden, und habe och eine falsche Meinung, 4) kan der Referent essere und bündigere Gründe haben, als ich,) führe ich ihn durch meine Gründe vielleicht uf solche Gedancken, die ihm sonst nicht beyge-allen wären. Uberhaupt, 6) wenn er mit mir nig ist, bin ich um so mehr überzeuget, daß ieine Zweiffel nichts bedeuten. Ist er wieder iich, so wird mir meine vorgefaßte Meinung enommen, und ich sehe, daß ich geirret habe.

§. 18.

Hat man nun nur eine Frage; so ist es einer-y, ob man dieselbe gleich nach der facti specie orbringen, und dann die Gründe pro & con-:a beyfügen, oder diese voraussetzen, und die rage bis auf die letzt sparen will. Sind aber iehr Fragen; so bringt man sie gleich nach der acti specie alle zusammen an, und erörtert so-ann eine jede besonders, oder man sondert sie on einander, und setzt der ersten, nachdem sie urchgeführet worden, die andere auf gleiche

Weise, und dann dieser die dritte u. s. w. an die Seite. Wiewohl es hierunter eigentlich auf des Anfragenden Willkühr, und eine gute Ordnung ankommt. Wie denn auch ein Anfragender, wenn er sein videtur anfügt, die starcken und schwachen Gründe zu unterscheiden, diese als rationes dubitandi, jene aber als rationes decidendi anzuführen hat.

§. 19.

So viel von der Schrifft, welche zum Consilio Anlaß giebt. Was den Referenten betrifft, der das Gutachten ertheilen soll, so fragt sich erstlich: Ob er schuldig sey, den geforderten Rath zu geben? Eigentlich ist dieses ein officium humanitatis, und deshalb keine unbedingte Nothwendigkeit vorhanden; Auch nehme ich die Collegia Juridica nicht aus, indem die ihnen zustehende facultas de jure respondendi keine Verbindlichkeit nach sich zieht. Es ist auch mit denen Responsis gantz anders, als mit denen Urtheln beschaffen. Diese lauffen in ihre Pflicht, nicht aber jene. Also mögen sie die geforderten Consilia, wenn sich deshalb etwas bedenckliches ereignet, wohl von sich abwenden. Ja, wenn sie wieder den gesuchet werden, dem sie mit Pflichten verwand sind; So können sie selbige nicht einmahl ertheilen. Indessen ist freylich dieses alles auf den Fall nicht zuziehen, wenn derjenige das Consilium verlanget, dem man mit Pflichten verwand ist.

§. 20.

§. 20.

In so ferne nun aber der Referent die Sache annimbt, und solche entweder sich selbst, oder einen andern vorträgt; So muß er folgende Reguln in acht nehmen

1) Daß er den Casum so vortrage, wie er angebracht worden. Ein mehreres darf er nicht hinzuthun, wenn ihm auch andere Umstände bekannt wären, weil es alsdenn ein anderer und nicht eben der Casus seyn würde, über welchen das Gutachten verlanget wird. Weniger darff er auch nicht sagen, weil bekannt ist, daß ein geringer Umstand die Erörterung verändern kan. Und vielleicht trägt eben der Umstand, den er vor unnöthig hält, etwas bey, daß die Sache ohne selbigen in ihr gehöriges Licht nicht gesetzet werden kan.

2) Daß er jede Frage besonders vortrage und selbige mit seinem Gutachten begleite.

3) Daß er aber gleichwohl sich an die Ordnung der Fragen, wie sie in der Schrifft vorkommen, nicht binde, sondern die Ordnung wehle, welche der Eigenschafft der Sache gemäs ist, mithin

4) Hauptsächlich dahin sehe, daß er die Haupt-Frage heraussuche, und die Neben-Fragen nachhohle. Denn es ist das Gutachten doch nur ein Rath. Bey Ertheilung eines Raths aber bindet man sich nicht an den Vortrag, sondern giebt selbigen so, wie es die Beschaffenheit der Sache mit sich bringt.

5) Daß er sich durch das vorgängige Gutachten des Anfragenden nicht præoccupiren laße. Es ist wunderlich, wenn manche glauben, ein Responsum müste allemahl beyfällig seyn. Das verlangt der Anfragende nicht, sondern er will vielmehr berichtet seyn, was er zuthun und zulassen habe, oder, was ihm nützlich oder schädlich sey. Wenn man ihm nun bloß aus Gefälligkeit beypflichtet; so wird er betrogen. Und der Rathgeber ziehet sich den Vorwurff zu, daß er entweder die Sache nicht verstanden, oder vorsetzlich den Anfragenden in Schaden bringen wollen. Uberhaupt ist es unverantwortlich, einen Rath zugeben, von dem man vorher sehen kan, daß er übel ablauffen müße. Also wird dem Anfragenden besser gerathen, wenn ihm seine vorgefaßte Meinung benommen wird.

6) Daß er bey denen vom Anfragenden angeführten Gründen nicht stehen bleibe, sondern die Stärcke und Schwäche derselben beurtheile, selbige auf richtige Vernunfft-Schlüsse bringe, mithin den Schein von der Wahrheit unterscheide, auch, da er merckt, daß der Anfragende den rechten Grund nicht getroffen hat, denselben hinzufüge, und überall die Pflichten eines Rathgebers vor Augen habe,

7) Daß er endlich, wenn er den Vortrag denenjenigen thut, deren gemeinschafftliches votum erfordert wird, alles so deutlich fasse, damit jeder sehe worauf es eigentlich ankomme. In welcher Betrachtung ich nicht umhin kan, die in ver-

erschiedenen Collegiis eingeführte den Raths- nd hülfsbedürfftigen Persohnen so nützliche Gewohnheit zuloben, daß man dem Referenten einen Neben-Referenten zugiebt, der gleichfalls ie Sache genau erweget bey dem Vortrage orpore & animo præsens ist, und den Referenten, daferne er einen zur Sache dienlichen Umstand vergißt, bescheidentlich einredet.

§. 21.

Wenn dann endlich der Referent mit sich elbst einig, oder sein Vortrag und seine Meinung gebilliget wird, so folgt die Ausarbeitung des Responsi. Wobey theils auf den Eingang, theils auf den Innhalt zusehen ist.

§. 22.

Der Eingang wird auf zweyerley Art gemacht. Entweder wird die facti species in originali wieder zurück geschickt, oder der Rathgeber behält dieselbe. In jenen Falle braucht es keiner Weitläufftigkeit, sondern man fügt das Responsum an die facti speciem so gleich an, und beziehet sich nur kürtzlich auf diese, z. E. Auf vorangefügte facti speciem, welche uns mit einigen Fragen und Beylagen zugeschicket worden, halten wir in Rechten gegründet zu seyn rc. rc. Bey welcher Gelegenheit denn beydes gemeiniglich so zusammen geheфtet wird, daß es nicht füglich getrennet werden kan. Wie denn auch gewisse Rechts-Collegia im Gebrauch haben, daß sie durch ihren Actuarium bey der facti specie an-

mercken laßen, wie es eben diejenige sey, auf welche das Responsum ertheilet worden.

§. 23.

Im andern Falle pflegt der Rathgeber die facti speciem entweder so, wie sie eingeschicket worden, jedoch mit Weglaßung des von dem Anfragenden vorgängig gegebenen Gutachtens, mit in das Responsum einzurücken, oder selbige erstlich von denen unnützen und zur Sache gantz undienlichen Umständen zusaubern, also gleichsam den Kern herauszuziehen. Dort sowohl, als hier henget er die Fragen allesammt nach der Reyhe an, oder macht selbst, auf den Fall der Anfragende die Fragen nicht recht getroffen, die zweiffelhafften Propositiones, welche die facti species an die Hand giebt, und erörtert sodann jede besonders. Wenn nun aber die Original facti species gleich zurück behalten wird; so müssen nichts destoweniger die dabey befindlich gewesene Beylagen wieder mit zurück geschicket werden, weil ausserdem, da man sich darauf so wohl in der facti specie, als im Responso beziehet, das Responsum selbst mangelhafft seyn würde, wenn es demselben an dem relato fehlete.

§. 24.

Welche von beyden Arten die beste sey, will ich hier eben nicht untersuchen; So viel ist gewiß, daß ein Responsum ohne facti specie ohnstreitig ein bloßes referens bleibt, folglich bey vorkommender Ungewißheit, ob es denen vorgetra-

tragenen Umständen gemäs sey, oder nicht, cht den allergeringsten Nutzen haben, ja nicht mahl auctoritatem machen wird.

§. 25.

Der übrige Innhalt des Responsi kommt rauf an, daß man jede Frage besonders handelt, die rationes dubitandi insgemein rausſetzet, die rationes decidendi aber de nselben anfüget. Daß jede Frage nur in ei m Periodo abgehandelt, und die Verknüpf ng durch die Particuln: Ob nun wohl ꝛc. Den ch aber und dieweil ꝛc. ꝛc. gemacht werde, ist en nicht nothwendig, wenn man sich nur sonst utlich und ordentlich erkläret. Es haben aber e Collegia Juridica ihre besondere Ursachen, arum sie diesen Stylum beybehalten, sie sind uch nicht zuverwerffen. Sonderlich könte, enn ein jeder Referent die ihm bey andern Ar eiten eigene Schreibart auch bey Responsis und rtheln brauchte, demselben auf vielerley Art Verdruß erwachsen, wenn die Persohn des Ver assers aus der Schreib-Art erkannt würde.

§. 26.

Einige Collegia Juridica pflegen nach denen ationibus decidendi die rationes dubitandi esonders zuwiederlegen, und ihre Schwäche zu eigen. Mich deucht aber, es sey solches über haupt überflüßig, weil ihnen in denen rationi bus decidendi ohnedem gnüglich begegnet wer den kan. Und wenn es ja besonders geschiehet;

so ist doch nöthig, daß man nur in so ferne dieselben wiederlege, als sie nicht schon durch die rationes decidendi gehoben worden. Sonst entstehet aus der unnöthigen Wiederhohlung solcher Sachen, die schon etliche mahl vorgekommen, ein verdrießliches und unangenehmes Wortspiel.

§. 17.

Schlüßlich habe ich noch denenjenigen, welche Responsa einhohlen, folgenden Rath geben wollen, daß sie, daferne sie beyfällig seyn, in deren Einreichung die rechte Zeit erwehlen. Wer dadurch den Verdacht einer temeritatis litigandi von sich abwenden will, der thut wohl, wenn er solches bald Anfangs bey der Hand hat. Vermuthet man wiedrige Urthel in der Haupt-Sache; so ist es gut, daß das Responsum vor Abfassung des Urthels übergeben, und allenfalls als pars Actorum mit verschickt werde. Hat man Muthmaßung, daß dem Gegentheil zu viel glückliche Vorbedeutungen gemacht werden, so ist es Zeit, ihn und seinen Wahrsager durch Vorzeigung des Responsi den Muth zubenehmen. Doch kömt das meiste auf prudentiam Advocati an. Derselbe kan durch frühzeitige Einreichung des Responsi seinem Clienten sowohl, als durch dessen Zurückhaltung nutzen. Ich weiß mich zuerrinnern, daß Clienten, die eben nicht die beste Sache gehabt, durch beyfällige Responsa, die sie gleich am Anfange des Processes vorgezeigt, sich die besten Vergleiche zuwege gebracht haben. Doch weil derjenige,

der

er ein Responsum vor sich hat, sich leicht die Rechnung machen kan, daß die Acta schwerlich in das Collegium, welches ihm beygefallen, geschicket werden dürfften; So dürffte es im Gegentheil, wenn er mit dem Responso zurückhält, sich leicht fügen, daß eben das Collegium das Urthel abzufassen bekäme, welches ihm ohnzweifel vortheilhafft ist. Wiewohl einige Justiz Collegia im Gebrauch haben, daß sie, auf den Fall das Dicasterium, wohin die Acta verschickt werden, in der Sache schon Responsa gegeben hätte, die Acta ohne Urthel zurück zuschicken verlangen.

CAPUT III.

Vom Vortrage zu Erlangung eines Urthels.

§. 1.

Dieser Vortrag setzt allemahl im Gerichte ergangene Acta zum Grunde, in welchen uneinige Persohnen ihren Streit der Erörterung des Richters anheim gestellet haben, und zu dem Ende gegen einander gnüglich gehöret worden sind. Da denn das hierauf erfolgende Urthel den Endzweck hat, daß wegen dieses Streits die Einigkeit wieder hergestellet, und ein jeder zudem, was er denen Acten und Rechten gemäs zugeben, zu thun, oder zu leyden schul-

dig ist, angehalten werde. Weshalb ein Urthel nicht unbillig einem Gesetze verglichen wird.

§. 2.

Wie nun die Materie zum Vortrage aus denen Acten heraus gesuchet, und der Vortrag nach denen Acten eingerichtet werden muß; So kömmt es bey denselben auf drey Haupt-Stücke an,

1) Wie man Acta lesen und beurtheilen.
2) Wie man das Gelesene zum Behuff des Vortrages anmercken.
3) Wie man den Vortrag selbst einrichten soll.

Vom Lesen und Beurtheilen der Acten.

§. 3.

Das Lesen der Acten überhaupt ist deswegen nöthig, weil man ohne selbiges nicht wissen kan, auf was vor einen Punct der Vortrag einzurichten ist. Und ist nicht allemahl nöthig, daß man die gantzen Acten lese, sondern öffters enthalten in denen weitläufftigsten Acten etliche wenige Blätter alles dasjenige in sich, worüber vorjetzo ein Urthel erfordert wird. Nachdem ich aber hier nur von solchen Lesen der Acten rede, welches seine Absicht auf einen zufällenden Rechts-Spruch macht; So muß ich mich gleich anfangs erklären, daß sich ein Anfänger, der sich erst in Praxi üben will, und sich theils die Ordnung des

Pro-

'rocesses, theils den Stylum Curiæ bekannt zu
nachen hat, an die nachfolgenden Lehr-Sätze
ben nicht binden darff. Vielmehr ist seinen
Absichten dienlicher, daß er allemahl die ihm
vorkommende Acten von Anfang biß zu Ende
ese, und dadurch den vorgesetzten Endzweck zu-
rreichen suche.

§. 4.

Wenn ich aber hier auf einen besondern End-
weck des Acten-Lesens dencke; So muß ich zu
nehrerer Deutlichkeit der Sache einen Unter-
cheid inter lectionem cursoriam und lectio-
nem specialem machen. Jene geschiehet zu
folgenden Ende, daß man erfahren will 1) was
vor eine Klage angestellet, 2) was vor ein Pro-
ceß erwehlet worden, 3) über was vor ein Punct
jetzo eigentlich zusprechen sey. Diese aber zielet
dahin ab, daß man nach aufgefundenen streiti-
gen Punct wissen will, in was vor Umständen
derselbe sich befinde, und was deshalb von denen
Partheyen gegen einander angebracht worden.

§. 5.

Die Lectio cursoria ist der Schlüssel zur
Lectione speciali, ja offters löset sie den vor-
kommenden Punct, worüber ein Urthel erwartet
wird, ohne alle andere Hülffs-Mittel auf. Die
Sache ist leicht zuerweisen. Es ist nehmlich be-
kannt, daß nicht alle Klagen einerley Eigenschafft
haben, es giebt actiones universales, genera-
les, singulares, alternativas. Jede dieser Ar-
ten

ten hat etwas besonders sowohl in Ansehung des petiti als in andern Dingen mehr. Wenn man nun die Klage inne hat; so läßet sich der Streit super ineptitudine libelli leicht entscheiden. Ist definitive zuerkennen; so bietet die Eigenschafft der Klage dem Rechts-Spruche die Hand. Habe ich mich ausserdem unterrichtet, was vor eine Art des Processes erwehlet worden, und ich setze bey der Erörterung des Puncts dessen besondere Natur zum Grunde; so ist der Nutzen davon unwiedersprechlich. Denn ich kan ja z. E. bey einem Executiv Processe die Frage: Ob ein Beklagter das bey der Klage inducirte Document zu recognosciren schuldig, wie ferne er wieder das klare Recht eines Klägers mit Exceptionibus zuzulaßen? bey einem summarischen Processe die Frage: Ob der Beweiß articulirt seyn, die Production der Zeugen solenniter geschehen müße? bey einem possessorischen Processe die Frage: Ob der Beweiß vor dem Judice causæ zuführen, der Gegentheil mit Interrogatoriis zuhören sey? nirgend anders woher, als aus der Eigenschafft dieser Processe erörtern.

§. 6.

So hat auch diese lectio cursoria noch einen, und zwar nicht geringen, Nutzen darinne, weil sich bey solcher Gelegenheit gleich anfangs zeiget, ob die Acten nach Beschaffenheit und Eigenschafft der Klage und des Processes ordentlich oder confus tractiret worden, und ob es nöthig sey,

den Richter und die Partheyen zuförderst auf die Beobachtung der Proceß-Ordnungen, und auf den rechten Weg zuweisen, inmaßen bey verspürten Mängeln solcher Dinge die zum Wesen des Processes gehören, ohne Nullitæt, Præposteration und Vermehrung der Unordnung ohnmöglich auf den Punct selbst erkannt werden kan, ehe dem Mangel abgeholffen, und die Anweisung dahin geschehen ist, daß das nöthige vor allen Dingen besorget werde. Würde es nicht z. E. wenn Beklagter sich noch nicht Proceß-mäßig eingelaßen, wenn ein Zeuge seine Aussage noch nicht eidlich bestärcket hätte, wenn die Citation unrichtig wäre &c. thöricht seyn, wieder denselben etwas nachtheiliges zuerkennen. Also muß in solchen Fällen nothwendig zuförderst interloquiret, und der Unordnung gesteuret werden.

§. 7.

Wie aber die Lectio cursoria hauptsächlich dahin abzielet, daß man den streitigen Punct finden will; So sind allerdings zureichende Mittel zu Beförderung dieser Absicht in Betrachtung zuziehen. Selbige werden dem Lesenden zuweilen durch den Richter selbst an die Hand gegeben. Solches geschiehet) wenn der, so die Acta zum Verspruch wegsendet, in der sogenannten Missive oder Urthels-Frage dem künfftigen Referenten ausdrücklich dahin anweiset, wo der streitige, vorjetzo zuerörternde Punct in denen Acten vorkömmt, und denselben

hen gleichsam mit Fingern darauff weiset, welches, daß es allemahl, sonderlich, bey sehr weitläufftigen Acten, geschehe, wohl zu wünschen wäre. Und erinnere ich mich solcher Exempel, daß die Referenten, wenn ihnen generale Missiven zugekommen, zuweilen statt des streitigen Puncts einen gantz andern, der vorhin wohl gar schon seine Rechts-Krafft gehabt, im Urthel auf eine von der re judicata gantz abgehende Weise erörtert, oder doch, wenn mehrere Puncte zugleich abzuthun gewesen, einige davon gar übergangen haben. Folglich ist die erste *Regul* diese:

Daß ein Referent die Urthels-Frage zuerst ansehe.

2) Wenn bey denen Acten ein Designations-Protocoll vorhanden ist, in welches die Svite des Processes, nach Ordnung der übergebenen Schrifften, abgefaßten Verordnungen und ergangenen Urthel, biß auf die Zeit, da die Partheyen abermahl zum Urthel geschlossen, kürtzlich eingetragen worden. Dergleichen pfleget gemeiniglich an denen Orten gehalten zu werden, wo man entweder ungehefftete Acta hält, oder doch dieselbigen nur nach Numern und Beylagen, nicht aber nach Foliis zu unterscheiden pflegt. Wiewohl doch auch vielmahls bey gehefften und foliirten Acten sich dergleichen Designation findet. Wie nun aus derselbigen sich ohne Mühe offenbahret, wie weit die Sache allbereit abgethan worden, und was nachher ergangen

ist;

ist; So hat vors andere ein Referent zusuhen:

Ob er eine solche Designation bey denen Acten finde.

3) Wenn der Richter wenigstens auf der Rubric der Acten, wo nicht alle bishero vorgekommene Haupt-Stücke des Processes, doch die allbereit gesprochene Urthel, und wo selbige in denen Acten zufinden, anmercket, welches zu nicht geringer Erleichterung der Relationen an vielen Orten, wo gehefftete und foliirte Acta ohne besondere Designation gehalten werden, üblich ist. Daher vors dritte ein Referent dahin zusehen hat:

Ob er sich nicht durch dergleichen auf der Rubric der Acten befindliche Indices die Lesung der Acten erleichtern könne.

§. 8.

Dieses alles nun hat seinen augenscheinlichen Nutzen, ob es gleich eigentlich nur eine blosse Præparation zum Acten-Lesen ist, ehe der Referent die Acta selbst durchblättert. Wenn er sich nun auf die Art vorbereitet hat, oder auch wegen Mangel obiger Hülffs-Mittel die Acta unmittelbahr in die Hände nimmt, so muß er freylich wissen, wie er der Sache näher treten soll, zumahl, wenn die Acta in vielen Fascicults und Voluminibus bestehen. In diesem Falle aber ist die erste Bemühung dahin zurichten:

Daß ein Referent das neueste Stück Acten aussuche,

welches er leicht aus der überschriebenen Numer oder

oder Jahrzahl ersehen kan. Aus selbigen wird sich hernach schon selbst ergeben, worzu die andern Volumina nützlich seyn. Denn zuweilen sind sie nur deswegen dabey, weil sich die Svite des Processes in so viel Volumina vertheilet hat, mithin kan es geschehen, daß man die andern Volumina gar nicht braucht, oder doch nicht weiter nöthig hat, dieselbigen aufzuschlagen, als in so ferne die Partheyen sich darauff beruffen. Zuweilen liegen sie nur bloß als Beylagen zu mehrerer Information des Urthels-Verfassers bey, und betreffen einige Umstände, darauf sich ein und der andere Theil bezogen, da sich dann bey der speciellen Durchlesung wiederum leicht ergiebet, wie weit darauf die Absicht zu machen sey.

§. 9.

Wenn man nun das Volumen, darinne etwas zuerörtern ist, vor sich hat; So sehe man **vors andere** darauf:

Ob schon ein oder mehrere Urthel oder Decreta in der Sache ergangen, oder nicht?

Ist noch gar kein Urthel oder Decretum vorhanden; So fällt es nicht schwer zubegreiffen, daß der Proceß erst seinen Anfang nehme, mithin es noch auf die Klage und Antwort ankomme. Ist aber schon ein oder mehrere Urthel vorhanden; So ist **vors dritte** nöthig:

Daß man das letzte Urthel suche, und durchlese.

Denn

Denn aus selbigen erhellet allemahl, wie weit die Sache abgethan worden, und in was vor einem parte judicii die Partheyn sich befinden, und sodann ergiebet sich die Folge des Processes von selbst, ja man hat schon probabiliter den Punct, worauf die Sache ankommt, gefunden. Z. E. Es ist erkannt worden, Beklagter soll sich sub pœna confessi & convicti einlaßen. Hier kan man leicht schlüßen, daß nunmehro darüber: ob und wie solches geschehen, zuerkennen seyn werde. Oder es heißet: Beklagter soll schwören; So ist vermuthlich, daß er entweder gar nicht geschworen, oder nicht schwören wolle. Besonders beobachte man:

Ob bey dem Urthel rationes befindlich?

weil in denenselbigen, wo nicht eine völlige facti species, doch insgemein dasjenige enthalten ist, worauf es in der Sache hauptsächlich ankommt. Dadurch aber wird man vielmahls der Mühe überhoben, unnütze Dinge zu lesen. Jedoch hat man auch, ehe man weiter gehet, zusehen:

Ob das letzte Urthel rechtskräfftig worden, oder nicht?

Dieses fället so gleich in die Augen, wenn man nur die nach dem Urthel befindliche Schrifften etwas obenhin durchblättert, als welche zeigen: ob sich die Partheyen dabey beruhigen, oder darwieder Gravamina einwenden?

§. 10.

Nach dessen allen Erfolg nun ist es nicht mehr schwer, den Punct zuerfahren, worauff es an-

 kommt.

kommt. Jedoch muß auch nunmehro die lectio specialis darzukommen, damit man wisse, wie ferne die Partheyen in Contradiction stehen, und wessen sie beschieden seyn wollen. Und ist zwar hierbey wohl überhaupt wahr, daß man nur eigentlich diejenigen Schrifften zulesen habe, in welchen der zuerörternde Punct pro und contra abgehandelt worden. Es wird aber doch nicht undienlich seyn, wenn ich die besondern Handgriffe bey dem Argumente, was man lesen, und dabey beobachten müsse, etwas deutlicher anzeige.

§. 11.

Die erste Grund-Regul ist:

Daß ein Referent zuerfahren suche, worüber beyderseits Partheyen geschlossen haben.

Zu solchem Ende nun ist rathsam, daß er die Acten auf Ebräische Art von hinten zu zulesen anfange, und die letzten Schrifften durchlauffe, inmaßen gemeiniglich die Partheyen dasjenige, worüber sie erkannt wissen wollen, in ein ordentlich petitum zusammen ziehen. Zuweilen pflegen sie auch wohl im Inrotulations-Protocollo anzuzeigen, worüber das Erkäntnis verlanget wird. Doch muß der Referent wohl Acht haben, ob hierunter beyde Theile einig seyn, maßen zuweilen die Advocaten die Sache in Unordnung zubringen, und ihn auf andere Dinge, die entweder zur Erkäntnis noch nicht reiff,

oder

·er schon abgethan seyn, zuziehen, auch wohl
n zu Ubergehung solcher Puncte, die doch jetzo
it abgeurthelt werden müssen, zuverleiten, oder
·att eines Endspruches ein bloßes Bey-Urthel zu-
schleichen suchen, vor welche doch ein Richter,
enn er sonst die Sache zum End-Urthel reiff
·idet, so viel möglich, sich zuhüten hat. Son-
rlich ist diese Anmerckung bey denen Acten,
e ausserhalb Sachßen geführet werden, wohl
Acht zunehmen. Denn es werden in solchen
cht eben allemahl die Neben-Puncte besonders
·id vorher abgethan, sondern mit andern in die
·aupt-Sache einschlagenden Puncten öffters
gleich zum Erkäntnis ausgestellet. Auch siehet
an ausser Sachßen die bloßen Interlocute
cht gerne, sondern man will mehrentheils gerne,
enigstens eventualiter, mit auf die Haupt-
Sache erkannt wissen.

§. 12.

Die andere Regul ist diese:

> Daß ein Referent bey Durchlesung der Schrifften wohl Acht habe, ob nicht etwas ex officio suppliret werden müsse, was die Partheyen übersehen haben, und doch zum Wesen des Processes gehöret, oder in der Billigkeit beruhet.

·ch verstehe dieses von dem, was Rechtens, nicht
·der von dem, was facti ist, noch weniger von
·em, was bloß ad jura partium gehört. Denn

in facto darff ein Richter nichts suppliren, ob ihm schon sonst Wissenschafft davon beywohnet. Und dasjenige, was bloß auf der Partheyen Willkühr beruhet, hat man nicht nöthig ihnen an Handen zugeben, weil sie es selbst nicht verlangen. Z. E. Gewehr der Klage, Vorstand wegen der Unkosten. Also gehören hieher 1) diejenigen Dinge, die in das Officium nobile einschlagen, 2) diejenigen, deren Mangel eine Unordnung oder wohl gar eine Nullitæt zuwege bringen kan. Z. E. die Unrichtigkeit der Klage, der Legitimations-Punct.

§. 13.

Die **dritte** Regul ist diese:

Daß sich ein Referent aus dem verabhandelten eine richtige facti speciem in das Gedächtnis bringe.

Denn dieses giebt ihm hernach die beste Gelegenheit, sich aus denen confusesten Acten herauszuwickeln, und anbey zu beurtheilen, was aus dem öffters sehr weitläufftigen und unnützen Geschmier zur Sache gehörig ist. Ja es kan auf die Art, zumahl, wenn es etwa darauf ankommt, wie ferne bewiesen worden, öffters ohne Mühe erkannt werden, ob der Beweiß pertinent, auf das Hauptwerck gerichtet, mithin kräfftig sey oder nicht.

§. 14.

Die **vierdte** Regul mag diese seyn:

Daß ein Referent wohl überlege, ob der Streit

Streit auf ein factum oder auf ein punctum juris hinauslauffe?

Denn im letztern Falle, wo gar kein factum mit vorkommt, braucht es sehr wenig Kopfbrechens, noch weniger eines weitläufftigen Actenlesens, weil es demjenigen, der die Rechte verstehet (wie sie denn ein Referent verstehen muß,) nicht schwer fallen kan, sich aus der Sache heraus zufinden. Und wenn man ja die deshalb gewechselte Schrifften lesen will, so geschiehet es mehr aus Vergnügen, als aus Noth. Doch ist zuweilen auch das Durchlesen nicht zuentbehren, wenn nemlich das Erkäntnis mit rationibus dubitandi begleitet werden muß. Indessen erinnere ich hierbey obiter, daß die Richter, welche Acta verschicken, nicht wohl thun, wenn sie die besondere Landesgesetze, über deren Krafft gestritten wird, zurückbehalten, und dadurch dem, der erkennen soll, die Gelegenheit abschneiden, die Sache gehörig zubeurtheilen. Man kan ja von einem auswärtigen Dicasterio nicht verlangen, daß es alle besondere Landes-Constitutiones auswendig wissen soll. Und wenn sich hiernächst die Partheien über Nullitæten, und daß das Urthel contra jus in thesi gesprochen worden, beschweren; So ist die Schuld nicht dem Dicasterio, sondern dem Richter beyzumessen, der unvollkommene Acta einsendet.

§. 15.

Wo es aber auf facta ankommt, ist freylich

mehr; auch dasjenige, was dahin einschlägt, mit mehrerer Sorgfalt zulesen. Und wie es überhaupt in allen Acten, der Proceß mag beschaffen seyn, wie er will, theils auf Neben-Puncte, theils auf die Haupt-Sache ankommt, so ist nunmehro nach Unterscheid der Civil und Criminal-Sachen besonders zusehen, wie man sich etwa beym Lesen verhalte.

§. 16.

Wenn in Civil-Sachen, die durch ordentlichen Proceß geführet werden, ein Incident-Punct vorkommt, und es ist noch kein Urthel vorhanden; so kömmt es eigentlich darauf an. 1) Daß man die Klage untersuche, ob sie richtig sey, oder nicht, ob sie allenfalls wesentliche oder nur zufällige Mängel hat, weil eine unrichtige Klage entweder schlechterdings, oder angebrachter massen verworffen werden muß. Zufällige Mängel können wohl übergangen, und ex officio übersehen werden. 2) Daß man die Exceptiones dilatorias betrachte, und dabey beurtheile, ob sie in denen Acten gegründet seyn, oder nicht. Denn alle verzögerliche Einreden müssen so gleich klar seyn, sonst werden sie übergangen, weil es ordentlicher Weise nicht erlaubt ist, daß man darüber besondern Beweiß führen laße. Doch habe ich einige Ausnahme in denen Practischen Grund-Sätzen gemacht. 3) Daß man sehe, ob diese Behelffe von der Einlaßung schlechterdings befreyen, oder deren ohngeachtet die Ein-

laßung

ßung geschehen müsse, weil in letztern Falle auf ie Exceptiones und die Einlaßung zugleich erannt werden muß. 4) Daß man besonders ...cht habe, ob der Beklagte peremtorische Exceptiones hat, die er so gleich klar macht, oder b sie zweiffelhafft seyn, weil in jenem Falle der Beklagte schlechterdings loßgesprochen, hier aber uf Beweiß erkannt werden muß. 5) Daß nan beurtheile, ob die Einlaßung auf die Klage ach Vorschrifft der Gesetze geschehen sey, und ey befundenen Mängeln den Beklagten zur besern Antwort anweise. 6) Daß man überaupt sehe, ob der Kläger und Beklagte demjeigen, was ihnen im ersten Termino zuthun obiegt, ein Gnügen gethan, oder, da er es nicht gehan, zureichende Ursachen seiner Verweigerung abe, und dann befundenen Umständen nach essen Ungehorsam bestraffe, und ihm die Befolung sub præjudicio zuerkenne.

§. 17.

Ist es schon zum Beweiß gekommen, so finet man, daß entweder die Partheyen noch in essen Vollführung begriffen seyn, oder denselbien allbereit vollführet haben. Im ersten Falle darff man nur die zwischen ihnen bey Gelegenheit des Beweises gewechselte Schrifften lesen, aus welchen sich gar bald ergeben wird, worüer sie streiten, und was zuerörtern ist. Die ier vorkommende Fragen betreffen meistentheils die Zuläßlichkeit der Articul, Zeugen, Docu-

menten, Interrogatorien, die Formalia des Beweises, dessen Desertion, Recognition der Documenten und dergleichen, wobey es fast überall auf quæstiones juris hinaus läuffet, deren Erörterung keine sonderliche Schwürigkeit macht.

§. 18.

Ist der Beweiß schon vollführet; so kömmt es auf die Haupt-Sache und aufs End-Urthel an und hier muß man lesen, 1) die Klage, 2) die Einlaßung, weil aus deren beyden Zusammenhaltung das Fundament des Beweises herzunehmen ist; 3) die Beweiß-Articul, oder die Beweiß-Schrifft, indem aus deren Zusammenhalt mit obigen beyden Stücken sich von selbst ergiebet, ob sie auf das thema probandum gerichtet seyn oder nicht, ingleichen was vor eine Art des Beweises erwehlet worden. Ist der Eyd deferirt; so muß 4) gesucht werden, ob der Gegentheil die Puncte eingestanden oder nicht, ob die Eydes Delation zuläßig oder nicht, ob sie zu rechter Zeit geschehen, ob der Eyd schon geschworen oder nicht? Wo Zeugen gebraucht werden, sind 5) die Zeugen-Aussagen durchzulesen. Wird der Beweiß durch Urkunden unterstützet, so müssen 6) auch diese betrachtet und durchgegangen werden. Dabey muß überall 7) ein Referent mit darauf Acht haben, ob nicht vielleicht einige den Beweiß an sich selbst, oder auch die Zeugen, Uhrkunden, Articul und dergleichen betreffende Neben-Umstände zum Erkänt-

ändtnis mit ausgesetzet worden, oder doch sonst, weil sie der Richter noch nicht abgethan, zu erörtern seyn. Nicht weniger muß auch der Referent 8) darauf sehen, ob das thema probandum gar nicht, oder nicht gnugsam, oder im Gegentheil vollkommen erwiesen. In jenen Falle ist der andere Theil gleich zu absolviren. In dem andern muß ein juramentum legale den Ausschlag geben. Im letzten Falle aber ist ferner nöthig, daß 9) ein Referent sehe, ob nicht vielleicht der andere Theil durch einen Gegen-Beweiß die Absichten des Beweisführers gantz oder zum Theil zernichtet habe, da denn wiederum hier auf ein juramentum legale die Absicht zu machen, dort aber der Beweisführer abzuweisen ist. Daß ein Referent 10) die sogenannten Disputir-Sätze, worinn die Partheyen über die Krafft des Beweises mit einander verfahren, durchlese, ist nicht nöthig, weil er alles viel deutlicher aus den Aussagen und Documenten begreiffen kan. Wenigstens ist nicht zurathen, daß er diese Wechsel-Schrifften zuerst durchlese. Die Advocaten suchen in selbigen die Sache gerne zuverdunckeln, und unrichtige Begriffe davon beyzubringen. Und wenn er sie ja zu erst lieset, so muß er auf das Anführen nicht trauen, sondern die Beweiß-Mittel selbst beurtheilen. Mit einem Worte: Er kan es nicht entbehren, die Außagen und Uhrkunden selbst durchzulesen, weil die Advocaten in den Schrifften öffters das Beste vergessen, oder mit Fleiß weglaßen.

§. 19.

Wie aber hierbey überall die Eigenschafft des angestellten Processes vor Augen zuhaben, und sonderlich bekannt ist, daß man in summarischen Sachen sich an die ordentlichen Reguln nicht so genau bindet, auch eben keinen gar vollkommenen Beweiß erfordert; Also geschiehet es öffters, daß gleich im ersten Urthel die Sache definitive verabschiedet werden muß, sonderlich in denen Processen, wo die Rechte theils erlauben, theils erfordern, daß der Beweiß gleich mit der Klage verknüpffet wird. Erfordert wird dieses bey dem Executiv-Processe, indem bey selbigen allemahl die Umstände der Klage so gleich aus Urkunden vor Augen zulegen seyn. Und hier muß vor allen Dingen 1) die Qualitas der Uhrkunden untersuchet, demnächst aber 2) gemerckt werden, daß das liquidum durch illiquide Dinge nicht aufzuhalten, sondern auf jenes zuerkennen, dieses aber zur weitern Ausführung zuverweisen sey. Also muß ein Beklagter, wenn er die Uhrkunden nicht eydlich diffitirt, auch keine liquiden Exceptiones hat, so gleich condemniret werden. Gleiche Bewandnis hat es mit dem Wechsel-Processe.

§. 20.

Erlaubt ist es, den Beweiß zu anticipiren im possessorio summariissimo, und allda hat ein Referent sich allemal zuunterrichten, 1) ob der Fall so beschaffen sey, daß auf Posseß erkannt wer-

werden könne, 2) ob das factum possessionis einiger maßen bescheiniget sey, weil es hier auch keines vollständigen Beweises bedarff, 3) ob nicht der andere Theil, daß er dem actui possessionis wiedersprochen, beygebracht habe. Ist der Beweiß nicht anticipirt worden; so ist auf Bescheinigung und Gegen-Bescheinigung zuerkennen.

§. 21.

Ferner ist es erlaubt in Concurs-Processen, daß man den Beweiß seiner Forderungen mit der Liquidation verknüpffe. Hier muß nun wohl ein Referent vor allen Dingen die Liquidations-Acten auffsuchen, und gantz durchlesen. Er kan aber doch die andern beyliegenden Acten nicht schlechterdings übergehen. Denn er hat bey Durchlesung dergleichen Acten auf folgende Stücke zusehen, 1) ob der Processſ richtig eröffnet worden, weil er einer Edictal-Citation bedarff. Fehlt diese, so ist vor allen Dingen darauf zu interloquiren. Sind die Gläubiger bekañt; so müssen sie ordentlich citirt seyn. 2) Ob und wie ferne die Massa bonorum in Richtigkeit gebracht worden oder nicht. Denn dafür ist am ersten zu sorgen, daß sich hierbey nicht Defecte ereignen, mithin muß alles dasjenige, was zu deren Berichtigung gehört, dem Richter auch ex officio an Handen gegeben werden. 3) Ob die Forderungen der Gläubiger eingeräumet, gantz liquid, einiger maßen, oder gar nicht bescheiniget seyn. Sind sie ausser Wiederspruch,

so

so werden sie pure lociret. Sind sie ziemlicher maßen bescheiniget; so pflegt man wohl auf ein juramentum legale zuerkennen; sind sie sehr zweiffelhafft oder gantz illiquid, so werden sie zwar eventualiter lociret, aber doch zuförderst der Beweiß überhaupt, oder doch besserer Beweiß erfordert. 4) Worauf der Grund der Forderung beruhe, inmaßen die Gläubiger nach der Vorschrifft der Gesetze in ihre Classen ordentlich zu rangiren seyn. Die übrigen hierbey vorkommenden Neben-Puncte ergeben sich beym Durchlesen von selbst.

§. 22.

Zuweilen wird aus einen eingerissenen Mißbrauch bey einigen Gerichten erlaubt, daß der Beweiß in ordentlichen Processen überall beym Anfange des Processes von denen streitenden Partheyen mit eingemischet wird, da man denn eine gantze Menge hier und da eingeschalteter Documenten ohne alle Ordnung zu Gesicht bekommt. Hier nun ist freylich nicht so geschwind aus der Sache zukommen, und man muß zuweilen lesen, daß einem der Kopf wehe thut, ehe man weiß, was die Partheyen damit haben wollen. Es hilfft aber nichts darzu, der Strang muß doch gezogen seyn, und der Richter nebst den Advocaten würde sich erzürnen, wenn man ihn zur Ordnung anweisen wolte. Mithin ist zuförderst nöthig, daß man diese zerstreuete Uhrkunden zusammen bringt, und das, was des

Klä-

Klägers Werck ist, von dem, was zum Exceptionen gehört, sondert, und siehet, ob herauszukommen sey. Wills nicht gehen, so ist es gut, den Vorschlag des Herrn Geheimbden Rath Böhmers in seiner Einleitung zur Acten Relation p. 123 zu brauchen, und auf bessern Beweiß zuerkennen, weil sodann die Advocaten selbst, sie mögen nun bey dem Erkäntnis sich beruhigen oder nicht, die Sache ins Licht setzen müssen.

§. 23.

Ist nun übrigens ein Urthel gesprochen worden, und man findet beym Lesen, daß es auf ein Remedium, so ein und der andere Theil darwieder eingewendet, ankommt; so darff man nur die deshalb eingereichte Schrifften lesen, die dann den Weg in die ante acta bahnen. Wenn aber der eine Theil etwa sich bloß auf vorige Acta beziehet; so müssen freylich auch die vor dem Urthel vorhergehende Schrifften zur Hand genommen, übrigens aber von einem Referenten folgende Stücke beurtheilet werden, 1) ob das Remedium zuläßlich sey oder nicht 2) ob es zur rechten Zeit eingegeben, und ob sonst alles, was die Gesetze zu dessen Wesen und Form erfordern, in acht genommen worden, 3) worauf es in der Haupt Sache ankomme?

§. 24.

In Criminal Sachen hingegen laßen sich die bisherigen Handgriffe eben nicht so schlechterdings

dings brauchen, sondern die Wichtigkeit der Sache macht, daß man mehrentheils integra Acta lesen muß. Doch hat man auch gute Vortheile zugewarten, wenn man folgendes betrachtet.

1) Ob die Sache noch in der General-Inquisition befangen; Da ist nun nöthig, daß man a) das Verbrechen erfahre, b) desselben Grund wisse, c) ob er glaubwürdig sey, untersuche, d) ob das Corpus delicti zur Nothdurfft beygebracht worden, überlege, e) deshalb alle Indicia, dadurch ein Verbrecher verdächtig wird, zusammen sammle, f) und wie ein jedes erwiesen worden, betrachte, g) die Grösse des Verbrechens beurtheile, ob nemlich dasselbe peinlich bestraffet werden könne, h ob der Verbrecher gestehe oder leugne, i) was er vor eine Persohn sey? Daß aber dieses alles ohne genaue Durchlesung dessen, was bisher ergangen, nicht eingesehen werden könne, erhellet von selbst. In geringen Verbrechen, wenn der Verbrecher gestehet, kan gleich definitive erkannt werden, auch, wenn derselbe leugnet, aber doch überführet ist. Ist er nicht völlig überführet; so pflegt der Reinigungs-Eyd gleich erwehlet, zudem wohl die Straffe eventualiter angefüget zu werden. Man sieht auch hier eben nicht so genau auf die vollkommene Gewißheit des Corporis delicti. Fehlt es gar am Beweise, folgt sogleich absolutoria sententia. Ist das Verbrechen groß; so siehet man, ob Inquisit leugnet, und ob vielleicht schon

schon eine Defension bey denen Acten ist, auch, ob dadurch die Indicia removiret worden oder nicht. Im ersten Falle ist gleich definitive zu erkennen. Im letztern wird die Special-Inquisition nicht leicht weggelaßen, welche man auch nach dem usu fori braucht, wenn gleich der Inquisit gestanden hat, welches ich jedoch vor unnöthig halte, wenn das Geständnis nur sonst qualificirt ist. Ubrigens muß ein Referent, ehe er pure auf die Special Inquisition erkennet, den Richter dahin anweisen, daß er zuförderst die zur Gewißheit des Corporis delicti nöthigen noch nicht besorgten Stücke sowohl den Mangel im modo procedendi supplire. Z. E. die Zeugen schwören, die Besichtigungs- Registraturen beybringen, den Diebstahl und dessen Quantum eydlich bestärcken laße.

II) Ob die Special-Inquisition allbereit vollführet ist. Hier muß der Referent vorerst sich eine richtige facti speciem ins Gedächtnis bringen, welche er vielleicht in der Defension findet, wenn dergleichen bey denen Acten ist. Doch darff er eben darauf nicht trauen, sondern er muß sie doch mit denen Acten zusammen halten, sodann lieset er die Antwort des Inquisiten auf die Articul. Gestehet dieser, brauchts keiner großen Umstände, sondern es ist nur ex Actis oder der Defension zusammen zusuchen, was er pro mitiganda pœna anführet. Leugnet er; so muß der actus confrontationis durchlesen wer-

werden. Beharret er auch da beym Leugnen, so sind abermahl die Umstände, die schon beym ersten Punct angeführet worden, in Betrachtung zu ziehen, und es müssen dabey freylich die ante acta und das summarische Verhör zu Hülffe genommen werden. Ist nun das Verbrechen wichtig, und die Indicia nebst ihren Beweise nach Vorschrifft der peinlichen Halsgerichts Ordnung qualificirt, auch durch die Defension nicht entkräfftet, so wird auf die Peinlichkeit, ausserdem aber nur auf den Reinigungs-Eyd erkannt.

III) Ob die media probandi schon bey Inquisiten gebraucht worden. Hier lieset man nur dasjenige, was nach dem letzten Urthel, welches auf das medium probandi erkannt, ferner ergangen ist. Da denn, wenn der Inquisit geschworen, oder die Peinlichkeit überstanden hat, gemeiniglich eine absolutoria folgt. Doch muß auch vor allen Dingen ein Referent beurtheilen, 1) ob hierdurch alles abgelehnet worden, oder noch etwas übrig bleibt, weshalb der Inquisit zur Straffe zuziehen ist, 2) ob nicht der Inquisit sonst mit so harten Indiciis wegen des Verbrechens graviret ist, daß er der ausgestandenen Peinlichkeit ohngeachtet bestraffet werden kan, 3) wie sich besonders der Inquisit bey der Peinlichkeit aufgeführet, weil zuweilen die Halsstarrigkeit deßelben so groß ist, daß man klärlich sehen kan, wie er mit der Tortur nur seinen Spott treibet. Hat aber der Inquisit

quisit gestanden, so muß die Urgicht gelesen, und, ob er bey dem Geständnis geblieben, hauptsächlich aber auch darauf ex officio gesehen werden, ob der Richter die ihm bey der Peinlichkeit vorgeschriebene Gräntzen in Acht genommen hat; inmaßen dieses viel beyträgt, daß ein Verbrecher gelinder bestraffet wird. Ist eine Haupt-Defension bey denen Acten, so muß auch diese erwogen werden.

IV) Ob nur über eine neue und anderweit gesuchte Defension zuerkennen ist. Weil nun diese gleichsam die Stelle eines Remedii suspensivi vertritt; so muß man erst sehen, ob das vorige Urthel rationes hat. Diese sind als ein Index über das, was man zulesen hat, zugebrauchen. Darauf siehet man, ob der Inquisit in der Defension die wieder ihn streitende Dinge abgelehnet. Sind keine Rationes vorhanden; so lese man erst die Defension. Denn rechtschaffene Advocaten pflegen gemeiniglich eine richtige facti speciem voran-zusetzen, und alles das, was wieder den Inquisiten ist, Actenmäßig zuerzehlen. Doch muß man das Nachschlagen nicht vergessen, und sein genau untersuchen, ob alles zutrifft. Findet man auch in der Defension keinen Trost, so muß freylich der Referent selbst aus denen ante Actis alles, was vor und wieder den Inquisiten ist, selbst heraussuchen.

Vom Excerpiren und Extrahiren der Acten.

§. 25.

Daß man dasjenige, was man in Actis lieset, und findet, excerpire, oder auch extrahire, ist zuweilen nützlich, zuweilen nöthig. Excerpiren heißet, diejenigen Dinge, die zur Erörterung des vorkommenden Puncts etwas pro oder contra dienen, und nicht füglich allesammt ins Gedächtnis gefasset werden können, Stückweise auszeichnen; Extrahiren aber heißet dasjenige, was bisher von einer Zeit zur andern in der Sache ergangen, und weitläufftig vorgetragen worden, in die Kürtze fassen, und also die Historiam processus, und wie weit es überall damit gekommen, gleichsam in ein Compendium bringen.

§. 26.

Dergleichen Extracte nun, wie von selbst leicht zubegreiffen, müssen den gantzen Verlauff der Sache von Anfang bis zu Ende enthalten. Und es kan in denenselben keine eintzige Schrifft übergangen werden, die von ein oder dem andern Theil eingereichet worden, indem der Endzweck derselben dieser ist, daß entweder diejenigen, welche selbst einen Vortrag ex Actis thun, daß derselbe Acten mäßig sey, durch den Extract bestärcken, oder auch diejenigen, denen der Vortrag geschiehet, diesen mit dem Extracte zusammen halten können. Uberhaupt aber dienet er darzu, daß

daß man daraus erkenne, wie ein gerichtlicher Actus nach dem andern abgehandelt, abgethan, oder noch streitig und zuerörtern sey, mithin bey jeder Vorfallenheit der Recours zu dem Extracte genommen, und das Lesen und Beurtheilen der Acten erleichtert werde. Solchergestalt wird derselbe gleichsam als eine Einleitung in die gantzen Acten beständig beybehalten, und so offt was neues vorkommt, selbiges nachgetragen. Weshalb hier freylich alle mögliche Sorgfalt zu brauchen ist, daß in demselben alles angezeiget, und auch dasjenige, was allbereit in Actis abgethan ist, mit bemercket werde.

§. 27.

Es ist diese Art von Extracten sonderlich in denen hohen Reichs-Gerichten eingeführet, auch zuweilen in andern obern Judiciis durch den Gerichtsbrauch bestätiget, weshalb sie sodann allerdings bewerckstelliget werden muß, ob sie schon an sich selbst eben so nothwendig nicht ist, daß nicht, deren ohngeachtet, eine gute Relation aus denen Acten geschehen könne. Ob nun wohl die Art und Weise zu extrahiren mehr aus Exempeln, als Reguln erlernet werden muß; so ist doch auf gewisse Maaße nicht undienlich, sich folgenden Begriff davon zu machen.

§. 28.

Uberhaupt und 1) muß man sich zwar bey diesen Extracten lediglich an die Ordnung, die die

series Actorum selbst an die Hand giebt, binden, jedoch ist es 2) allemahl gut, daß man eine summarische historiam facti, und die daraus entstandene occasionem litis voraussetze, und derselben hiernächst historiam processus anfüge. In der Historie des Processes selbst dürfsen, 3) die Verordnungen, welche die Schrifften und das Verfahren veranlaßen, woferne nicht etwa über jener Verfaßung selbst gestritten wird, oder sich einige Mängel dabey ereignen, nur obenhin und mit wenig Worten angeführt, doch muß alles 4) mit Anzeigung der Foliorum, Numerorum oder Signorum bestärcket werden. 5) Die Schrifften selbst aber, darinne die Partheyen ihre Jura gegen einander deduciren, sind gebührend zu analysiren, auf ihre Haupt-Capita zuziehen, die Momenta, welche pro affirmativa oder negativa vorgebracht worden, bey jedem Capite anzuzeigen. Hierbey ist 6) eine gute Ordnung zu brauchen, und darff man sich eben an des Schrifftstellers Ordnung nicht binden, sondern man muß selbst im Stande seyn, jedem Argumente seinen rechten Platz anzuweisen, auch dabey 7) das weggelaßene, in so ferne es zur Erörterung der Sache gehört, suppliren. Besonders ist 8) bey der Klage der Grund derselben, der erwehlte modus procedendi, und worauf die Sache ankommt, kürtzlich anzumercken. 9) Werden alle Sententien, Bescheide, Befehle, nach ihrem Innhalte gantz eingerücket. 10) Ist auch dieses in Ansehung aller derer

Strei-

Streitigkeiten, die über den Innhalt und Formalien eines Exhibiti entstehen, zumercken, z. E. wenn ein Articul, ein Interrogatorium, impertinent oder irrelevant, eine Eydes-Delation vor unzuläßig angegeben wird. 11) Der Beweiß durch Zeugen darff so wenig, als der Beweiß durch Documenta gantz extrahiret werden; sondern man sucht aus denen Zeugen Aussagen diejenigen heraus, welche das thema probandum betreffen, oder selbigen entgegen seyn, und diese pflegt man gerne gantz einzurücken. Aus denen Uhrkunden aber nimt man die Qualitatem und die Zeit der Verfertigung summarisch, den passum concernentem aber gantz heraus.

§. 29.

Dieses alles ist auch in seiner Maaße bey Concurs-Processen, von denen unten noch etwas vorkommt, zumercken. In Inquisitions-Sachen hingegen pflegt man 1) deren Ursprung, und wessen ein Verbrecher beschuldiget wird, historice anzuführen, 2) die wieder denselben streitende Indicia nach einer guten Ordnung zusammen zufaßen, 3) ob und wie weit, auch, wodurch solche bewiesen seyn, zubemercken, 4) überhaupt aber, ob die Inquisition nach Vorschrifft der Gesetze geführet worden, oder ob sich Defecte dabey ereignen, anzuzeigen; 5) bey den Inquisitional-Articuln dasjenige, was der Inquisit eingestanden, oder geleugnet, nebst denen Articuln selbst zuextrahiren, 6) was derer

negatorum halber bey der Confrontation oder dem actu torturæ vorgefallen, hinzuzufügen, 7) die vom Inquisito selbst eingereichte Defensions-Schrifften hingegen nach der schon oben angezeigten Methode durchzugehen.

§. 30.

Das Excerpiren der Acten geschiehet in zweyen Fällen, 1) wenn ein künfftiger Referent zu seiner eigenen Nachricht dergleichen thut, 2) wenn es bey Justiz Collegiis oder Dicasteriis eingeführet ist, daß ein Referent seine Relation mit Excerptis bestärcken, oder schrifftlich referiren muß. Im ersten Falle ist das Excerpiren mehr nützlich, als nöthig, auch, weil ein Referent hier bloß auf sich selbst siehet, die Art zu excerpiren willkührlich. Doch kan er dessen, weil das Gedächtnis nicht allemahl geschickt gnug ist, alles zufassen, auch niemand seinen Kräfften soviel zutrauen kan, daß nicht hier und da etwas vergessen werde, nicht wohl entbehren, 1) wenn die Acta zwar eben in wesentlichen Dingen keinen Mangel haben, doch in denenselbigen alles durcheinander geworffen ist, das bald hier, bald da etwas vorkommt, was zur Sache gehört, anbey das Nützliche mit dem Unnützen verdunckelt wird. Inmaßen leicht zu urtheilen, daß allhier das Zerstreuete zusammen gesammlet werden muß; 2) wenn in denen Actis viel Puncte streitig und zuerörtern seyn; dergleichen sich nicht nur in judiciis singularibus, wo

öffters

öffters über die Klage, Litis Contestation und eine gantze Menge verzögerlicher Einreden, über verschiedene Articul, Interrogatoria, Zeugen, Documente, zugleich gestritten wird, sondern auch besonders in Concurs-Erbschaffts-Vormundschaffts-Hauswirthschaffts-Rechnungs-Schäden-Sachen und s. w. ereignet.

§. 31.

Weil es aber doch der Relation selbst nicht geringe Dienste thut, wenn man im Excerpiren fein ordentlich ist; so hat man dabey folgende Haupt-Reguln zu mercken;

1) Daß man sehe, ob die Sache selbst so beschaffen sey, daß darüber erkannt werden könne.

Denn vielmahls ist in derselben auf einen præjudicialiter zuerörternden Punct zuerkennen, der der Haupt-Sache im Wege ist, z. E. auf bessere Klage, Einlaßung, Legitimation ad causam u. s. w. Und da würde es überflüßig seyn, zu excerpiren. Zuweilen findet sich, daß die Sache besser mündlich vor einen Commissario und secundum arbitrium boni viri, als durch einen Rechts-Spruch, der in Abwesenheit der Partheyen ertheilet wird, ausgemacht werden kan. Und jene Art zuverfahren erfordern sonderlich weitläufftige Rechnungs-Sachen und Schäden-Liquidationes. Hier müssen die

Rechnungen gebührend untersucht, defectirt, justificirt, und die Partheyen mündlich darüber gehöret, jeder Punct besonders vorgenommen, und was facti oder juris, was eingestanden oder streitig, in Rechnung passirlich ist oder nicht, von einander gesondert werden. Dieses ist kein Werck vor einen Referenten, sondern vor den, der mit denen Partheyen mündlich communiciren, und sich von ihrer Meinung unterrichten kan. Deswegen ist auch nicht unbillig, wenn bey dergleichen rohen Sachen auf Commission interloquiret, und das Erkäntnis über die streitigen Puncte, bis sich die Partheyen specifice darüber coram Commissione erkläret haben, und der Commissarius selbst erst die gehörige Separation bewerckstelliget hat, ausgesetzet wird. Sind aber dergleichen Acta zum Spruch reiff; so ist zumercken,

2) daß ein Referent bloß dasjenige beym Excerpiren betrachte, was zur Sache gehörig ist, bey dem Unnützen aber sich nicht aufhalte.

Zur Sache aber ist dasjenige gehörig, was nicht allbereit abgethan worden, und was zur Erörterung des Puncts pro und contra etwas beyträgt. Das andere alles ist unnütze, und würde der Referent Zeit und Papier verderben, wenn er sich dabey aufhalten wolte. Ferner ist nöthig

3) daß

3) daß ein Referent die Liquida von denen Illiquidis absondere.

Dieses hat seinen vielfachen Nutzen. Denn a) sind manche Dinge so beschaffen, daß, wenn sie bloß in facto beruhen, darauf gar keine Absicht gemacht werden darff. Z. E. manche Exceptiones dilatoriæ, die nicht ex Actis klar seyn, fallen weg; solche Umstände, die nach vollführten Beweise angebracht werden, und doch nicht bewiesen seyn, werden billig übergangen; c) läßet die Eigenschafft mancher Processe nicht zu, daß man auf Dinge, die einer weitern Ausführung brauchen, z. E. Jura petitorii, die in possessorio vorgebracht werden, Exceptiones illiquidas, die ein Beklagter im Executiv-Processe vorschützet, sehen kan. Dieses gehört zur besondern Ausführung, oder in die Reconvention c) müssen in gewissen Processen liquida und illiquida zugleich, jedoch auf verschiedene Art abgethan werden. Z. E. in Concurs-Rechnungs- und Schäden-Processen wird alles, was liquid ist, sogleich schlechterdings passiret, illiquida aber entweder zum Beweise zuförderst gewiesen, oder doch nur eventualiter zugestanden,

4) daß ein Referent ein zureichend Mittel brauche, der Memorie aufzuhelffen.

Es ist aber hier gut, den Vorschlag des Herrn Böhmers in seiner Einleitung zur Acten Relation

tion zubrauchen, welcher dahin anweiset, daß man einen Bogen Papier nehme, denselben breche, den Punct, worüber gestritten wird, querdurch schreibe, auf der einen Seite die momenta pro, auf der andern die momenta contra, summarisch drunter setze, und sodann mit denen andern Puncten ordentlich auf eben die Weise fortfahre. Will der Referent bey jeden Punct unten querdurch seine Meinung mit darzuschreiben, so kan solches ihm vielleicht auch den Nutzen bringen, daß er bey Ausarbeitung des Urthels nicht erst neues Nachsinnen braucht.

§. 32.

Der andere Fall, wenn nemlich eingeführet ist, daß ein Referent seine Relation mit schrifftlichen Excerptis bestärcket, muß noch mit wenigen berühret werden. Denn ob ihm wohl die obigen Reguln ebenfalls gute Dienste thun; so sind doch die Excerpta in eine etwas andere Form zubringen, als bey dem ersten Fall, indem sie einigermaßen denen Extracten gleich sehen, und dazu dienen müßen, daß sich andere, welche die Relation mit den Excerptis zusammen halten müssen, aus der Sache finden, und alles gleich übersehen können. Indem ich nun abermahl bemercken muß, daß sich der Referent hier nicht so weit zu diffundiren habe, als bey denen solennen Extracten; so ist auch dieses die einzige Regul:

Daß

Daß er bloß auf die zuerörternden Puncte seine Absicht mache, und mithin mit Ubergehung dessen, was dahin nicht gehöret, die historiam litis vor Augen lege.

Denn alles, was er deshalb thut, zielt dahin ab, daß sich andere in facto, und darüber, worauf es eigentlich ankommt, unterrichten, und die dahin gehörigen Momenta beurtheilen sollen.

§. 33.

Die Excerpta werden auf zweyerley Art gemacht, entweder fasset man sie in Form einer ordentlichen Erzehlung ab, beziehet sich in selbiger auf die Folia, Numern, Signa, mischet die Urthel und Bescheide, die Außagen, die Documenta quoad passus concernentes in ihrer Ordnung mit ein, und führet, was von beyden Theilen angebracht wird, specifice an, oder man behält die Ordnung bey, die in denen Acten vorkommt, und weiset nach denen foliis an, wie die Svite des Processes in Absicht auf den jetzigen Punct sich verhalten habe. In beyden Fällen aber, wenn viel Puncte vorkommen, führt man einen jeden ins besondere auf obige Art durch. Ein Exempel von der ersten Art mag dieses seyn.

Es hat Titius fol. 1. wieder Cajum eine Vindicationem angestellet, und will ein von seinem Vater zeit der gehabten Administration von denen maternis veräusertes Grund-

Stück

Stück wieder haben. Hierauf ist Cajus fol. 3. richtig vorgeladen, auf sein Aussenbleiben aber nach vorgängigen Erkäntnis fol. 15. die Citation fol. 18. sub pœna confessi & convicti wiederhohlet, und die Insinuation richtig bewerckstelliget, sodann aber, als er wieder ungehorsam gewesen, fol. 30. definitive auf das Præjudicium erkannt worden. Hierwieder hat Cajus Appellation fol. 32. eingewand, und zugleich mittelst Anführung wichtiger und fol. 34. bescheinigter Impedimentorum, daß am Tage des Termini seine Frau gestorben, der Citation zugleich ein Gnügen gethan, und litem negative contestiret. Worauf nach erstatteten Bericht fol. 38. rescribiret worden, daß, wenn zuforderst in einem anzusetzenden Termine die Partheien verfahren, anderweit rechtliches Erkäntnis eingehohlet werden solle. Das Verfahren ist fol. 40. erfolget, da denn Kläger auszuführen meinet, Beklagter könne nicht mehr gehöret werden, seine Rationes sind folgende 2c. 2c. Beklagter hingegen errinnert fol. 50. hierwieder ad 1) 2) 3) 2c. 2c. Und ist also hier zuerkennen, ob Beklagter annoch zuzulaßen, und demnächst über die Litis Contestation zusprechen sey.

Ein Exempel von der andern Art ist dieses

Fol. 1. hat Mevius geklagt, daß ihm Titius 1000. Rthl. Kauf-Geld schuldig sey, und legt

legt deshalb den Kauff-Contract bey, mit Bitte, Beklagten zur Recognition anzuhalten.

Fol. 6. hat Titius excipirt, daß ex contractu bilaterali kein Executiv-Proceß statt fände, weil ihm die exceptio implementi nondum secuti zu statten käme, und hat vorgegeben, daß ihm Kläger den zugleich verkaufften Acker noch nicht eingeräumet.

Fol. 9. wiederspricht Kläger replicando diesem Vorgeben, und beschuldigt Beklagtens Ungehorsam

Fol. 15. wird erkannt:

Daß Kläger vor allen Dingen, wie er seines Orts den Contract erfüllet habe, erweisen soll,

welches Urthel auch rechtskräfftig worden.

Fol. 20. hat Kläger seine Beweiß-Articul binnen gehöriger Frist übergeben, und will durch Zeugen beweisen.

Fol. 24. hat Kläger die Zeugen producirt.

Fol. 25. will Beklagter testem primum nicht vereyden laßen, und führet wieder dessen Persohn folgendes an 2c. 1) 2) 3)

Fol. 28. Replicirt Kläger ad 1) 2) 3).

Fol. 30. duplicirt Beklagter ad 1) 2) 3)

dieses ist der eine Punct, worüber vorjetzo zu erkennen ist.

Ferner.

Fol. 20. hat Kläger unter andern den 8ten Beweiß

Beweiß-Articul also eingerichtet, und darüber den Eyd deferirt: Wahr, daß Beklagter gewust, daß der streitige Acker zur Zeit des Verkauffs verpachtet gewesen;

und den 9ten also:

Wahr, daß er hierdurch stillschweigend consentiret, daß ihm der Acker nicht eher, biß nach geendigter Pachtzeit, übergeben werden dürffe.

Fol. 26. will Beklagter diese Articul nicht passiren laßen, und giebt vor, sie wären irrelevant, mithin sey er sich darauf zuerklären und zu schwören nicht schuldig ex his rationibus &c. &c.

Fol. 27. Replicirt Kläger 1) 2) 3) ꝛc. ꝛc.
Fol. 31. Duplicirt Beklagter 1) 2) 3) ꝛc. ꝛc.

Diß ist der andere Punct, dessen Erörterung erfordert wird.

Und auf die Art gehet man alle Puncte durch. Man kan aber auch im ersten und andern Falle die Excerpta gleich auf alle Puncte richten, und nach deren Vollführung die Fragen, worauf gesprochen werden soll, zusammen anführen.

Vom Vortrage an sich selbst.

§. 34.

Wenn man weiß, was zu referiren ist, so ist bey dem Vortrage selbst nicht viel Schwürigkeit.

eit. Auf eine glückliche Findung der Puncte, vorauf gesprochen werden soll, und auf eine geschickte Beurtheilung derselben kommt es hauptsächlich an. Und wer sich im Excerpiren der Acten an eine gute Ordnung gewöhnet, und dabey alles, was zur Sache gehöret, entweder auf dem Papier oder im Gedächtnis hat, dem ist es leicht, auf diesen Grund einen guten Vortrag zu bauen.

§. 35.

Wir müssen aber doch einen Unterscheid machen zwischen einen mündlichen und schrifftlichen Vortrag. Der mündliche ist der gewöhnlichste, und bedarff nur einer guten Ordnung und angenehmen Deutlichkeit, mithin ist er kürtzer, als der schrifftliche, der über dieses offters in andere zum Haupt-Puncte nicht gehörige Dinge ausschweiffet, und mehr in einer weitläufftigen Beurtheilung des gantzen Processes, bestehet, auch jeden dabey vorkommenden Actum aufs genaueste in Erwegung ziehet, wie denn auch derselbe nur bey denen hohen Tribunalien im Reiche eingeführet ist.

§. 36.

Bey mündlichen Relationen kömt es darauf an;

1) Erzehlet man die Gelegenheit zum Processe, indem man anzeiget, was eigentlich darzu Anlaß gegeben, und eine kurtze facti speciem voraus setzet.

2) Füh-

2) Führet man die historiam processus an, biß auf den Punct, worüber zusprechen ist, und bemercket nur obenhin, was für eine Klage angestellet, und was vor eine Art des Processes erwehlet worden, weil, wie obgedacht, selbiges bey Erörterung des Puncts öffters guten Nutzen schafft.

3) Bey der historia processus aber richtet man seine Gedancken eintzig und allein auf den zuerörternden Punct, und setzet alles, was dahin nicht gehöret, bey Seite.

4) Hat man bey Durchlesung der Acten gefunden, daß in denen wesentlichen Stücken des Processes kein Mangel ist, der ex officio gehoben werden muß; so bekümmert man sich auch bey dem Vortrage nicht weiter darum.

5) Ist man zu den Punct gekommen; so trägt man die von beyden Seiten angebrachte Gründe ordentlich vor, und setzt sein ohnmaßgebliches Gutachten darzu.

6) Ist mehr als ein Punct; so trägt man den andern nicht eher vor, biß man sich mit demjenigen, dem der Vortrag geschiehet, eines gemeinsamen Schlusses halber vereiniget hat.

7) Kommt es bloß auf eine Rechts-Frage an; so darff man nicht einmahl historiam processus, wenn sich zumahl kein wesentlicher Man-

gel

zel findet, erzehlen, sondern es darff nur der streitige Fall, und, was einer und der andere erinnert, vorgetragen werden. 8) Wo eine quæstio facti ist, oder dergleichen Umstände vorkommen, die mit denen in Acten befindlichen Schrifften zusammen gehalten werden müssen; so muß der Referent aus dem Beweise und Schrifften den Innhalt, und zwar wörtlich herlesen, und gegen den Punct halten. Z. E. bey der Frage; ob die Klage, die Litis Contestation richtig, ob der Beweiß-Articul zuläßig, ob das thema probandum durch die Zeugen Aussagen, Uhrkunden, oder Besichtigung erwiesen, ob das Document zu Anstellung eines Executiv-Processes zureichend, ob es zu recognosciren, ob die Schuld-Forderung im Concurs-Processe liquid sey. 9) In Inquisitions-Sachen ist besonders der Grund derselben, die Gewißheit oder Ungewisheit des Corporis delicti, der wieder den Inquisiten entstehende Verdacht, und, auf was vor Anzeigungen er sich stützt, auch, wie diese erwiesen, oder abgelehnet seyn, specifice anzuführen, hauptsächlich aber dahin zusehen, daß indicia communia von specialibus und hier wiederum remota von proximis gehörig abgesondert werden. 10) Bey Remediis suspensivis, wenn zuförderst dasjenige, was die Gelegenheit darzu gegeben, und die Svite des Processes in Absicht auf das Remedium angezeiget worden, sieht ein Referent zwar auf die Formalia sowohl, als auf die Materialia.

Doch braucht er sich bey jenen, wenn er sie richtig findet, oder doch sonst nicht hauptsächlich darüber gestritten worden, nicht aufzuhalten, sondern erwehnt bloß, daß dabey nichts bedenckliches sey. Die Materialia aber muß er nach der Ordnung der Gravaminum vortragen. Dabey aber die Gravamina selbst von den Gründen, worauf sie gebauet werden, wohl unterscheiden, auch sonderlich dahin sehen, ob nicht alle Gravamina aus einen eintzigen herfließen, und, da sich dieses findet, dasselbe vorerst vortragen, weil er sodann der Mühe, die übrigen zu referiren, überhoben ist. 11) Dieses letztere hat er auch in Acht zu nehmen, wenn in Inquisitions-Sachen eine Defension geführet, und mit vielen unnützen Ausschweiffungen dasjenige, worauf es hauptsächlich ankommt, verdunckelt worden.

§. 37.

Die schrifftliche Relation ist zweyerley, nemlich eine gemeine und eine zierliche. Die gemeine ist bey vielen Gerichten, auch bey einigen Dicasteriis, wo keine ordentliche Sessiones gehalten, sondern die Acta einander zugeschicket werden, eingeführet, und in wesentlichen Stücken von einer mündlichen gar nicht unterschieden, sondern man thut mehr nicht, als daß man dasjenige, was man sonst mündlich sagen würde, in einer guten Ordnung zu Papiere bringt.

Gemei-

Gemeiniglich werden hierbey Excerpta aus denen Actis, auf eine oder die andere von denen oberwehnten Arten zum Grunde gesetzet, und denenselben das schrifftliche Gutachten, oder auch wohl das Urthel selbst, mittelst Anführung der rationum dubitandi und decidendi, so gleich angefüget, welches dann diejenigen, deren Beyfall erfordert wird, gegen die Excerpta halten, und allenfalls ihre Monita darwieder machen. Zuweilen aber darff, vermöge eines eingeführten Gebrauchs, der Referent nicht einmahl Excerpta voraussetzen, sondern er fertigt gleich das Urthel, und führt nur die Ursachen an, warum er also entscheidet, die er dann aus denen Acten nimmt, und den Ort, wo sie stehen, anzeiget, zugleich aber die entgegen stehende Gründe auf die Seite räumet.

§. 38.

Die schrifftlichen Vorträge, die zierlich und weitläufftig gemacht werden, haben auch in denen Gerichten, wo sie eingeführet seyn, nur bey Haupt-Urtheln, wenn definitive erkannt werden soll, ihren Nutzen. Denn, wo bloße Bey-Urtheile über Incident Puncte nöthig seyn, macht man sich keine große Mühe, sondern bleibt allein bey dem Puncte stehen, welcher zuerörtern ist. Daher dieselben in substantialibus von denen gemeinen schrifftlichen Vor-

tragen sich wiederum nicht unterscheiden. Wenn aber definitive gesprochen werden soll; so schweiffet man bey der Relation dergestalt aus, daß man gleichsam die Acten von Anfang biß zu Ende anatomirt, und auch die schon abgethanene, weder streitig gewesene, noch jetzo streitige Puncta vor die Hand nimmt, dabey aber besonders untersucht und anzeiget, ob alles denen Rechten, dem Wesen des Processes gemäs, und so wie es die Eigenschafft jedes gerichtlichen Haupt-Actus erfordert, abgehandelt sey. Mit einem Worte; der Referent gehet hier gleichsam abstracte, und führet nicht sowohl an, wie der Procesß geführet worden, sondern, wie alles hat abgehandelt werden sollen, und dann gehet er von der thesi ad hypothesin.

§. 39.

Damit dieses nun einigermaßen deutlich werde, so kommt, 1) diese Relation mit andern mündlichen und schrifftlichen darinne überein, daß sowohl bey Civil- als Criminal-Acten eine richtige facti species aus denen Acten vorausgesetzet, diese so kurtz als möglich abgefasset und demnächst historia processus ebenfalls gantz kurtz, biß auf den Punct, worauf es ankommt, angefüget wird. Was aber nun die Civil-Sachen besonders anlanget;

et; so geschiehet die Relation also, daß unter-
icht wird.

1) Was vor eine Klage hätte angestellet
werden müssen, und ob demnächst der Kläger
ie rechte Klage getroffen, mithin diese statt
nde.

2) Was vor ein Proceß sich zur Sache
schicke, und ob das rechte genus gewehlet,
uch demselben gemäs verfahren worden.

3) Ob bey der Persohn des Richters, dem
Gerichte selbst, und denen streitenden Parthey-
n, ratione habilitatis, competentiæ, legi-
imationis ad causam und ad processum al-
es richtig, oder nicht etwa hier und da ein
Zweiffel übrig sey.

4) Wie es mit denen verzögerlichen Excep-
ionibus abgelauffen, ob die Litis Contestatio
ichtig sey, und ob auch hier alles denen Rech-
en gemäs abgehandelt worden.

5) Ob der Kläger seine Klage gebührend er-
wiesen, wobey das thema probandum festzu-
etzen, und die Beweiß-Mittel dargegen zu-
halten.

6) Was der Beklagte etwa vor Exceptio-
nes peremtorias hat, und ob, auch, wie ferne
er selbige erwiesen, ingleichen, ob dadurch der
Grund der Klage entkräfftet oder zernichtet wor-
den.

In Criminal-Acten hingegen ist, nach voraus-
gesetzten statu causæ, wiederum die Untersuchung
so anzustellen, daß das Gutachten erfolge.

1) Uber den Grund der Inquisition, und ob

 darauff

darauff zu trauen, oder sonst einige Ungewißheit dabey sey.

2) Uber die richtige oder unrichtige Bestellung des Gerichts.

3) Uber die competentiam des Richters.

4) Uber den geführten Proceß, ob er denen Criminal-Rechten gemäs, und alles erforderliche genau in Acht genommen sey

5) Uber das Corpus delicti, ob es klar, zweiffelhafft, oder sonst etwa gewiß zustellen gewesen, oder noch sey.

6) Uber das Verbrechen selbst, ob es wichtig oder geringe, gantz oder zum Theil erwiesen, gestanden oder geleugnet, über das Geleugnete mehrere Untersuchung anzustellen, und die Wahrheit zuerforschen, ingleichen, ob es gantz oder zum Theil abgelehnet, wie es zubestraffen, und ob hier die ordentliche Straffe oder nicht zu brauchen sey ꝛc. ꝛc.

Dieses alles wird in beyden Fällen mit weitläufftigen Rationibus und Allegatis bestärcket, und endlich alles zur Sache dienende zusammengefasset, darauf aber das Gutachten gebauet, und in selbigen, wie nunmehro zuerkennen sey, mit abermahliger Anführung der Gründe, so pro und contra seyn, fest gesetzet.

§. 40.

Auf die Relation folgt das Urthel, welches entweder dem Vortrage gemäs, daferne er gebilliget worden, oder nach denen votis majoribus abgefasset wird. Bey dessen Verfertigung

gung siehet man auf den gebräuchlichen Stylum. Die mit dem Collegio communicirte Gründe aber werden demselben nicht beygefügt, wenn es nicht besonders also eingeführet ist, durch ein Gesetz erfordert, oder sonst verlanget wird. Ob man die Rationes in das Urthel so dann auf eine geschickte Art einrücke, oder selbige besonders hinzusetze, ist zwar einerley; doch läßt sich das erste nicht wohl thun, wenn die Gründe häuffig seyn. Und wenn die Rationes besonders verlanget werden, müssen sie ebenfalls aus dem Urthel wegbleiben. Es haben zuweilen die Justiz-Collegia im Gebrauch, daß sie die Rationes nur vor sich behalten, und denen Acten nicht gerne beyfügen, welches an sich selbst eben nicht zutadeln ist, weil bey dem täglich mehr anwachsenden Ubermuth der unächten Sachwalter diesen die Rationes öffters zu einem Deckmantel ihrer Bosheit dienen müssen, und die Urthelsfasser unverschuldeter Weise ein Vorwurff ihrer eingebildeten Beurtheilungs-Krafft werden, vor welche sie eine so fürtreffliche Meinung haben, daß ihnen alles zu einem Gespötte wird, was mit ihrer hochtrabenden Weißheit nicht übereinstimmet.

§. 41.

Daß man übrigens bey denen ertheilenden Rationibus eine facti speciem voraussetze, und die Rationes selbst mit allegatis und deductionibus jurium anfülle, ist, wenn man den Mißbrauch von dem rechten Gebrauch unterscheidet, eben nicht

nicht zutadeln, auch öffters nöthig. Denn die facti species dienet in verwirrten und weitläufftigen Sachen offters zu einer Einleitung in die gantzen Acten, und macht, daß man dem ausgeführten Punct besser übersehen und sich einen rechten Begriff davon machen kan. Und die zweiffelhaffte Sätze mit rechtlichen Gründen bestärcken, auch die wiedrige Rationes aus denen Rechten wiederlegen, ist eine so nutzbahre Sache, daß dadurch vielmahls die Streitbegierde ersticket wird. Hingegen ist es weder nöthig noch nützlich, wenn man gantze Extracte aus denen Acten ziehet, und mit solchen Dingen gantze Bogen anfüllet, die jetzo nicht in Streit seyn; anbey auch thöricht, klare Rechts-Gründe mit schwülstigen Allegatis zubestärcken, und durch Anführung überflüßiger Legum und Doctorum aus einem Urthel einen gantzen Tractat zu machen.

CAPUT IV.

Vom Vortrage zu Erlangung eines Decisiv-Befehls.

§. 1.

Diesen Vortrag nennet man einen Bericht. Ein Bericht aber ist eine geschickte und deutliche Erzehlung eines gewissen Falles, die zu dem Ende geschiehet, daß ein Oberer erfahre, in was vor Umständen sich eine Sache befinde, und entweder den Berichtenden, wie er sich

sich zuverhalten habe, bescheide, oder sich sonst, denen vorkommenden Umständen nach, was zuthun sey, entschlüßen könne.

§. 2.

Dergleichen Berichte werden entweder von freyen Stücken an den Obern geschickt, oder von demselben erfordert. Die ersten kan man fertigen, so offt es nöthig scheinet, daß etwas zu eines Obern Wissenschafft gelange. Man kan sonderlich dahin rechnen. 1) Wenn etwa ein Oberer sich die Erklärung seiner Gesetze allein vorbehalten hat, jetzo aber sich ein Fall ereignet, von dem es ungewiß ist, ob er unter dem Gesetze begriffen sey. 2) Wenn sonst die Einrichtung und Erörterung eines gewissen Vorfalls von dem Obern allein erwartet werden muß. 3) Wenn sonderlich Amtleute in vorkommenden Inquisitions-Sachen Verhaltungs-Befehle nöthig haben, weil sie, da die Inquisition aus denen Ambts-Einkünfften bestritten werden muß, eigenmächtig nicht zufahren können. 4) Wenn einem Commissario die Untersuchung einer Sache oder die Besorgung eines gewissen Actus aufgetragen ist, und er denn davon, wie solches geschehen, den Obern benachrichtiget. 5) Wenn etwa Partheyen in Procesß-Sachen sich auf den Obern beruffen, und also ein Richter, ferner fortzufahren, behindert wird.

§. 3.

Erforderte Berichte sind eigentlich zweyerley Art. Zuweilen will der Obere nur überhaupt

Nachricht haben, in was vor Umständen sich eine Sache befinde, zuweilen verlanget er jemandes Meinung oder Gutachten, was er von dem Falle, darüber sein Bericht erfordert wird, halte.

§. 4.

Alle Berichte haben dieses miteinander gemein, daß 1) gleich anfangs derselben die Gelegenheit angezeiget wird, wie der Berichtende darzu komme, daß er dem Obern etwas vortrage. 2) Daß die Beschaffenheit des Falls, worüber berichtet wird, deutlich und ordentlich referiret, und in eine richtige facti speciem gebracht werde. 3) Daß das etwa verlangte Gutachten, oder, wenn es sonst nöthig ist, das videtur anzufügen, nach denen beym Referiren schon angezeigten Reguln eingerichtet werde.

§. 5.

Wir müssen aber doch auch hier annoch ein und die andere Anmerckung machen. Zuweilen beliebt der Obere, der einen Bericht verlanget, daß zuförderst etwas untersuchet, und hernach erst darüber, und wie die Sache befunden worden, Bericht abgestattet werden solle. Und hier ist leicht zusehen, daß im Berichte angemercket werden müsse, wie man sich der Untersuchung unterzogen, dieselbe auf die vorgeschriebene Art bewerckstelliget, und die Sache in diesen oder jenen Umständen gefunden habe. Wobey man entweder die Beschaffenheit in den Bericht einrücket, oder, daferne besondere Protocolle gehalten werden, oder auch Acta ergangen, bloß diese

bey-

beylegt, und sich mittelst eines daraus gemachten Extracts, wenn es die Eigenschafft der Sache also erfordert, im Berichte darauf beziehet.

§. 6.

Wenn nicht zugleich das videtur erfordert worden, so läßet man es blos dabey bewenden, daß man die Sache, wie sie ist, erzehlet hat. Soll aber ein Gutachten gegeben werden; so macht man es, wie obgedacht, eben so, wie ein Referent. Man nimmt den Punct, worüber berichtet wird, vor sich, man sucht die rationes dubitandi und decidendi zusammen, verknüpffet sie auf eine geschickte Weise, und füget die Meinung, jedoch also bey, daß man nicht so wohl etwas vorschreibet, als es auf den Willen des Obern ankommen läßet, was er bey der Sache vor einen Schluß fassen wolle.

§. 7.

Zuweilen, wenn Gutachten zuertheilen seyn, macht man den Bericht besonders, und legt selbigen das Gutachten besonders bey. In solchen Falle nun wird der Bericht gantz kurtz gefasset, und man sagt nur, daß man dem erhaltenen Befehl zu Folge sich der Sache unterzogen, und die Bewandnis nebst der Meinung in der Beylage entworffen habe, dieses aber hierdurch einreichen wolle, und fernere Befehle zu befolgen so willig als schuldig sey.

§. 8.

Was die Berichte anlanget, die einen zweiffelhafften Fall vorstellen; so kan man leicht sehen, daß

daß man hier die Reguln anzuwenden habe, die oben bey der Lehre von Responsis angeführet worden, indem es hierbey ohnstreitig entweder auf ein factum oder jus controversum ankommt. Man zeigt also besonders die Gelegenheit an, und bemercket, wie der Fall zweiffelhafft worden, fügt die Zweiffel specifice bey, gehet alles nach Beschaffenheit der pro und contra vorkommenden Gründe durch, und stellet die Erörterung dem Obern anheim, bey dem es beruhet der Sache durch Bekantmachung seines Willens den Ausschlag zugeben.

§. 9.

Die auf vorgängige Provocation an den Obern in Parthey Sachen zuerstattende Berichte sind ihrer Einrichtung nach sehr unterschieden. Zuweilen berufft man sich auf den Obern, weil der Richter die Justiz entweder nicht pflichtmässig, oder gar nicht wiederfahren läßet, oder auch sonst eine Parthey über Gebühr und wieder die Proceß-Ordnung beschweret. Zuweilen sucht man durch die Provocation die Sache an dem Obern zubringen, daß er ein uns wiedrig ausgefallenes Urthel zernichten, mithin die Sache nochmahls in Verhöhr ziehen möge.

§. 10.

Im ersten Falle muß der Richter zwar schon selbst wissen, was er zuthun und zulaßen hat. Indessen, wenn er Ursachen findet, warum er dem Provocanten sein Bitten nicht zugestehet;

so

so muß er erst berichten, und erwarten, ob der Obere hierbey seiner Meinung seyn werde. Zu dem Ende führt er die Gelegenheit an, bey welcher eine Bitte an ihn gebracht, oder bey welcher von ihm etwas abgeschlagen, gethan, oder unterlaßen worden, trägt seine Ursachen, warum er diesen Entschluß gefaßet, vor, und weil die Beschwerde eigentlich wieder ihn gerichtet ist, so vertheidigt er insgemein sein Verfahren, und sucht es dahin zu bringen, daß der Provocant zur Ruhe gewiesen werde.

§. 11.

Im letztern Falle muß der Richter den Bericht gleich mit einer Acten - mäßigen, und zur Information des Obern dienenden facti specie anfangen, und die Svite des Processes biß zur Provocation mit Einrückung derer von Zeit zu Zeit gesprochenen Urthel, nach der schon oben gegebenen Anleitung, fortführen, sodann bey dem gravirenden Urthel stehen bleiben, in Absicht auf die Provocation selbst, ob dieselbe in ihren Formalien richtig sey, anmercken, ferner die Gravamina und die Gründe, womit sie unterstützet werden, nach der Reyhe anzeigen.

§. 12.

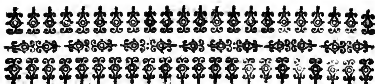
Wenn er nun so weit gekommen ist; so hat er zubeurtheilen, ob es seiner Ehre gemäs sey, daß er das Urthel wieder die Einwürffe verthendige, oder ob sein Interesse honoris dabey nicht einschlägt

schlägt, z. E. wenn das Urthel von einem Dicasterio eingehohlet worden. Ingleichen hat er dahin zu sehen, ob die Sache selbst zweiffelhafft, und wichtig, oder die Provocation ungegründet sey. In denen ersten Fällen läßt er es bloß bey der Erzehlung bewenden, und auf des Obern Einsicht ankommen, was ferner zuthun sey, weil er sich, zumahl, wenn es auf jura partium ankommt, leicht dabey beruhigen kan, es komme wie es wolle. In denen letztern Fällen hingegen erfordern es theils die Umstände, theils seine Pflicht, daß er nicht hinter dem Berge halte, sondern so viel möglich ist, sein Erkäntnis unterstütze, die unnütze Streit-egierde des Provocanten entdecke, und die vermeintlichen Gravamina entkräffte, überall aber mit der gehörigen Bescheidenheit verfahre, damit er sich nicht durch voreilige und unzeitige Maaßgebung entweder bey dem Obern oder bey den Partheyen verdächtig mache.

E N D E.



INDEX



INDEX
RERUM ET VERBORUM.

A.

Decla-

Grava-

nem

Lici-

M.

N.

Nomi-

T.

V. Ver-

EMENDANDA.

p. 2. §. 4. in not. lin. 7. lege: *aestimat* p. 11. §. 16. lin. 2. lege: *comprehenderunt*. p. 14. §. 3. in not. lin. 1. lege: *consultum esse*, p. 39. §. 16. in not. 2. lin. 1. dele: *sit*. p. 41. §. 20. lin. 4. lege: *vel ipsa vel per tertium exponere possit*. p. 44. not. 2. lin. 4. lege: *quae pro litigante*, p. 54. not. 2. lin. 7. lege: *advocat. divers. judic.* p. 62. §. 5. lin. 7. lege: *metuitque*. p. 89. §. 11. lin. 6. lege: *oritur*. p. 109. §. 5. lin. 5. lege: *judicatum*. p. 111. §. 7. lin. 7. lege: *ad actus solum, qui* p. 140. in not. 2. lin. 3. lege: *eliciat*. p. 169. §. 19. lin. 9. lege: *format*. p. 171. §. 21. lin. 3. lege: *conveniente* p. 197. in not. 3. lin. 2. ad vocem *Mencken*. adde: *Tract. Synopt. Proc. Disp. 15. §. 3.*

